

THÈSE DE
PARIS,
1882.
N^o. 52.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ÉTUDE

SUR LES

CONDITIONS

IMPOSSIBLES, CONTRAIRES AUX LOIS OU AUX MŒURS

DANS LES DIVERS ACTES JURIDIQUES

EN DROIT ROMAIN, EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT ROUMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

N. ATH. POPOVICI

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1882

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ÉTUDE

SUR LES

CONDITIONS

IMPOSSIBLES, CONTRAIRES AUX LOIS OU AUX MŒURS

DANS LES DIVERS ACTES JURIDIQUES

EN DROIT ROMAIN, EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT ROUMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 27 Juillet 1882, à midi

PAR

N. ATH. POPOVICI

Président : M. BUFNOIR, Professeur

SUFFRAGANTS



MM. GÉRARDIN

LEVEILLÉ

PROFESSEURS.

BEAUREGARD

JOBBÉ-DUVAL

AGRÉGÉS

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1882



Digitized by the Internet Archive
in 2026

La nécessité de contracter. — La légitimité et le fondement des donations entre-vifs, et des testaments. — Les modalités sont des conséquences forcées de la liberté d'agir. — Impossibilité de trouver un moule invariable. — Entraves injustifiables que cela apporterait aux transactions. — Restrictions exigées par l'intérêt de la société : conditions impossibles, illicites, immorales.

L'homme n'est pas fait pour vivre dans un prétendu état de nature (1), sans autres lois que celles de l'univers, sans limite à sa liberté, sans détermination de ses droits et de ses devoirs envers ses semblables. Il naît libre, mais sa liberté s'arrête où commence celle des autres ; il a des droits à exercer, mais sans qu'il puisse nuire à ceux des autres : « il n'y a pas de droit contre le droit, » a très bien dit Bossuet. L'homme est éminemment sociable, et dans cette sociabilité il trouve tous les moyens de satisfaire la série infinie de besoins inhérents à sa nature.

Dans la famille, sanctuaire et confident inviolable de ses joies et de ses douleurs, qui lui sert en même temps de berceau et d'asile, où il naît et se développe, il trouve les consolations et les forces contre les tempêtes qui l'attendent au dehors (Lerminier, *Philosophie du droit*, p. 61).

Dans le monde, en contact avec ses semblables, son

(1) Rousseau, *Du contrat social*, liv. I, chap. II : la plus ancienne de toutes les sociétés, et la seule naturelle, est celle de la famille.

penchant le pousse à produire au delà de ses besoins et il échange le surplus avec celui des autres (1).

Faut-il ajouter que les hommes doivent nécessairement se mettre en rapport de droits et d'obligations les uns avec les autres ? C'est par la force des choses qu'ils y sont poussés.

Isolé, l'homme ne peut presque rien. La division du travail, le développement du commerce, la confiance des uns dans les autres, compliquent et multiplient infiniment les rapports juridiques, du troc ou échange à la vente, de celle-ci au prêt..... on arrive insensiblement aux actes juridiques les plus variés et aux institutions de droit les plus savantes. L'apparition des contrats où l'intérêt existe chez chacune des parties s'explique suffisamment.

En dehors des nécessités matérielles, qui ne distinguent pas assez l'homme des autres êtres animés, il y a toute une série de besoins qui différencie l'espèce humaine des autres espèces, ce sont les besoins moraux. De là la faculté de donner entre-vifs ou par tes-

(1) Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, livre I^{er}, chapitre II. De la division du travail. Du principe qui donne lieu à la division du travail. Cette *division du travail*, de laquelle découle tant d'avantages, ne doit pas être regardée dans son origine comme l'effet d'une sagesse humaine qui ait prévu et qui ait eu pour but cette opulence générale qui en est le résultat; elle est la conséquence nécessaire, quoique lente et graduelle, d'un certain *penchant* naturel à tous les hommes qui ne se proposent pas des vues d'utilité aussi étendues; c'est le penchant qui le porte à trafiquer, à faire des trocs et des échanges d'une chose pour une autre.

tament. La liberté de disposer à titre gratuit est une conséquence inévitable du droit de propriété, c'est la garantie qui pousse l'homme à un perpétuel labeur, c'est le stimulant qui le rend continuellement actif, on ne peut pas mettre obstacle à la satisfaction des besoins moraux de l'homme ; on ne peut pas lui ravir la sympathie, l'affection qu'il a pour ceux qui l'entourent.

On a voulu faire une distinction entre la transmission de la propriété à titre gratuit et la transmission de la propriété à titre onéreux. Nous comprenons, disent les partisans de cette distinction, l'inégalité naturelle de la répartition des biens, nous acceptons que ceux qui sont plus capables aient plus et qu'ils puissent échanger leur avoir avec celui des autres, qu'ils puissent hypothéquer, vendre, consommer eux-mêmes, mais c'est en cela seulement que l'inégale répartition des biens n'est pas contraire au droit naturel ; ils n'ont pas le droit de donner à un autre leurs biens, ni de les laisser à un autre après leur mort, car ils créeraient de cette manière des inégalités artificielles, qui sont injustes et nuisibles à la société. En un mot, les donations et les successions *ab intestat* et testamentaires doivent être proscrites.

Rousseau, lui-même, conçoit deux espèces d'inégalités dans l'espèce humaine, l'une qu'il appelle naturelle ou physique, parce qu'elle est établie par la nature, et qui consiste dans la différence des âges, de la santé, des forces du corps et des qualités de l'esprit

ou de l'âme, l'autre qu'on peut appeler inégalité morale ou politique, parce qu'elle dépend d'une sorte de convention, et qu'elle est établie ou du moins autorisée par le consentement des hommes. Celle-ci consiste dans les différents privilèges dont quelques uns jouissent au préjudice des autres, comme d'être plus riches, plus honorés, plus puissants qu'eux, ou même de s'en faire obéir (*Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*).

Rousseau soutient en vain que l'inégalité morale ou politique dépend de la convention des hommes : elle est au-dessus de cette convention et de leur consentement, elle est tout aussi naturelle que l'inégalité physique que Rousseau lui-même reconnaît.

Du reste, il serait impossible d'avoir l'égalité des biens comme les adversaires de la propriété le veulent, tant qu'on ne nous donnera pas l'égalité des facultés physiques, intellectuelles et morales.

L'histoire nous montre que les hommes, à peine réunis, ont cherché à cimenter l'affection ou à s'assurer une protection réciproque par des présents et des libéralités. L'usage des dons s'est introduit, alors que l'homme n'avait d'autre loi que celle de la nature. C'est donc une vérité dont l'histoire nous donne un parfait témoignage, que la donation est de droit naturel (Daloz, *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 4).

Quant au testament la question est très controversée ; elle divise les jurisconsultes les plus éminents.

L'usage des testaments n'a pas été aussi généralement répandu que celui des donations.

Le testament fut d'abord inconnu à Athènes où Solon l'introduisit le premier avec de notables restrictions (Dalloz, *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 5; Pastoret, *Histoire de la législation*, t. VI, p. 434). D'un autre côté, Tacite, en parlant des mœurs des anciens peuples de la Germanie, nous apprend qu'ils ne connaissaient pas le droit de tester (1). Enfin, parmi les peuplades du Nouveau-Monde, on n'a pas trouvé que l'usage des testaments fût établi. D'où on a conclu que le droit de tester s'est introduit à la suite des progrès de la vie civile, et dès lors que le testament est une pure invention de droit civil (Dalloz, *loc. cit.*, n° 5).

Les anciens auteurs, comme les modernes, sont divisés sur la question de savoir si la succession testamentaire est fondée en droit naturel.

Puffendorf, le grand jurisconsulte, soutient que les morts n'ayant plus de part aux affaires de ce monde, il n'est pas nécessaire que l'établissement de la propriété s'étende jusqu'à donner au propriétaire un pouvoir de choisir qui lui semble pour succéder aux biens qu'il laisse en mourant (Burlamaqui, *Principes de droit naturel et des gens. De la propriété. Testament*).

« De quel droit, demande Mirabeau, celui qui va

(1) *De moribus Germanorum*, § 20. Heredes tamen successoresque sui cuique liberi; et nullum testamentum.

rentrer dans le néant, prétendrait-il imposer sa volonté pour le moment où il ne sera plus ? Il veut commander à ceux qui vivront et fouleront sa tombe, il veut régner encore quand il ne sera que poussière. Est-il possible que la loi fasse prévaloir cette volonté incertaine du mourant sur la volonté ferme de ses successeurs ? Ce testament doit être cassé comme étant l'œuvre d'un esprit faible et la prétention d'un orgueil en délire » (Discours lu après la mort de Mirabeau, par Talleyrand à l'Assemblée constituante).

Et le grand Leibnitz, voulant combattre par l'immortalité de l'âme les partisans de cette théorie, soutient que, puisqu'il y a une vie d'outre-tombe, il est naturel que le mourant puisse faire des dispositions à cause de mort. Si l'homme ne rentre pas dans le néant, pourquoi ne respecterait-on pas la volonté de ceux que la mort fait passer dans une sphère supérieure ?

Fût-on spiritualiste, ce n'est pas là la question ; soutenir le droit de tester en le basant sur l'immortalité de l'âme, c'est, d'un côté, ne jamais satisfaire les partisans de l'école opposée, et, d'un autre côté, nous exposer à démontrer les relations qui pourraient exister entre les esprits de la *sphère supérieure* et les habitants de notre planète, question qui amènerait, croyons-nous, plus de confusion que de lumière.

Il faut donc présenter des arguments plus positifs auxquels ne puisse résister aucune des deux écoles philosophiques.

Chaque homme, dans le cercle de son activité, acquiert des biens dont il est propriétaire : il a *le droit* d'en user comme bon lui semble.

En effet, quel est le but du droit, sinon de procurer les conditions pour le développement de l'homme dans tous ses rapports, pour satisfaire tous ses besoins intellectuels, affectifs et physiques et pour remplir tous ses devoirs ? (Ahrens, *Cours de droit naturel*, p. 534 ; Bruxelles 1853).

Il est naturel de satisfaire les besoins matériels, car sans cela l'homme perdrait la vie ; mais il est non moins naturel, croyons-nous, de satisfaire les besoins intellectuels et moraux, car ceux-ci sont innés comme les besoins physiques. Et plus encore : souvent les besoins moraux sont beaucoup plus puissants dans l'homme que les besoins matériels ; le vieillard plante des arbres, construit des édifices et se tourmente dans un labeur continuel sans tenir compte ni des nuits ni des jours : pourquoi ferait-il tout cela s'il n'y avait pas en lui cet élément puissant qui le stimule à se consumer en efforts : les besoins moraux, la sympathie, l'affection qu'il a pour ceux qui l'entourent ?

C'est la nature qui a donné à l'homme ces besoins : toutes les fois que nous sentons un besoin moral, intellectuel ou physique, il est de droit naturel de le satisfaire.

Dans un autre ordre d'idées, au point de vue purement juridique, l'homme peut échanger ou vendre

pour un prix quelconque sa propriété: de cette manière il satisfait un besoin matériel ; mais le bienfait est d'une nature plus pure et plus élevée que le désir de réaliser un gain, par conséquent le propriétaire peut renoncer au prix, en faisant ainsi une donation : de cette manière l'homme satisfait un besoin moral. Mais celui qui donne purement et simplement, *a fortiori sensu* peut donner avec réserve d'usufruit (Batbie, *Économie politique*, leçon 11).

Ainsi la disposition testamentaire, au point de vue du droit naturel (1), n'est autre chose qu'une donation avec réserve d'usufruit pendant la vie du testateur.

La disposition testamentaire se fait donc, non pas, comme le soutient Mirabeau, pour le temps où l'homme se trouve dans le néant, mais quand il est vivant et quand il a le droit de faire cet acte.

Jusqu'ici nous avons vu que tant au point de vue philosophique que juridique, chaque homme doit jouir de son droit de laisser sa fortune après sa mort à qui bon lui semblera.

Mais d'autres jurisconsultes soutiennent que nous avons le droit de tester parce que ce droit nous est donné par la loi positive, par la loi civile, et non par le droit naturel.

Les membres les plus éminents de l'Assemblée con-

(1) Je dis au point de vue du droit naturel, parce qu'en droit civil il y a des différences entre la disposition testamentaire et la donation avec réserve d'usufruit.

stituante pensaient que le droit de propriété et le droit de tester ne sont qu'une création sociale.

Au moment de la confection du Code, nous trouvons la même idée dans le rapport fait au Tribunat par Chabot de l'Allier au nom de la section de législation sur la loi relative aux successions (séance du 26 germinal an XI).

Voici comment s'exprime Chabot sur cette question :

« Avant l'établissement des sociétés civiles, la propriété était plutôt un fait qu'elle n'était un droit. La nature a donné la terre en commun à tous les hommes ; elle n'en a point assigné à chacun d'eux telle ou telle portion. La propriété particulière ne pouvait donc avoir d'autre origine que le droit du premier occupant ou le droit du plus fort : elle ne durait que par la possession, et la force aussi pouvait la détruire. *La société civile est la seule et véritable source de la propriété ; c'est elle qui garantit à chaque individu ce qu'il possède à juste titre ; et cette garantie est elle-même le but principal de la société ; elle est un des premiers éléments de son existence, de sa conservation et de sa prospérité. Mais si l'homme, dans l'état de nature, n'avait pas le droit de propriété, il ne pouvait le transmettre lorsqu'il mourait ; car on ne peut transmettre, on ne peut donner ce qu'on n'a pas. La transmission des biens par succession n'est donc pas du droit naturel, mais du droit civil* (Dalloz, v° *Successions*, p. 169).

Nous croyons que Chabot a confondu la garantie du

droit avec le droit lui-même. En effet, toujours, avant comme après l'établissement des sociétés civiles, le fondement de la propriété n'a été ni l'occupation ni la loi... mais le travail de l'homme. Mais si dans une société non constituée, le plus fort a abusé des droits du plus faible, il a violé la loi naturelle ; et si dans une société constituée les lois positives reconnaissent la propriété et ses conséquences, ces lois civiles, sans rien créer, ont garanti à chaque individu son droit.

C'est pourquoi Grotius dit avec beaucoup de raison que, quoique le testament puisse être réglé quant à sa forme par le droit civil, sa substance est inhérente à la propriété, et cela donné, appartient au droit naturel (Dalloz, *Dispositions entre-vifs et testam.*, n° 5).

Bigot de Préameneu aussi, dans l'exposé des motifs, conclut par ces paroles significatives : « La loi civile pour être parfaite à cet égard n'a rien à créer. »

Je conclus donc avec Burlamaqui que le pouvoir de disposer de ses biens par un testament est une suite naturelle du droit de propriété et de l'ordre de la société (*Op. cit. au titre des testaments*).

Après avoir reconnu la nécessité des contrats, la légitimité et le fondement des donations entre-vifs et des testaments, voyons comment dans la pratique ces actes peuvent se présenter.

Rien de plus facile que de faire un acte juridique pur et simple : c'est le cas ordinaire ; on vend, on fait une donation ou un legs.

Mais on peut se demander si pour tous les actes juridiques il y a un moule invariable. N'est-il pas permis d'y ajouter des modalités, des conditions de l'accomplissement desquelles dépendrait la validité ou l'existence même de l'acte ?

Dans les conventions à titre onéreux la volonté libre des parties contractantes peut subordonner la naissance d'un droit à quelque condition.

D'autres fois l'une des deux parties contractantes, moins intéressée à l'acte, se trouvera en situation d'imposer sa volonté, de dicter les conditions à l'autre partie qui se trouve dans la nécessité de faire le contrat.

Dans les actes à titre gratuit, le bienfaiteur serait-il contraint de faire des actes de libéralité purs et simples ? Évidemment non. Cela équivaldrait dans bien des cas à une prohibition presque absolue de pareils actes.

Tant qu'aucun intérêt ne l'exige, les entraves aux transactions seraient vraiment inexplicables.

Il faut donc admettre les modalités dans les actes juridiques. Elles sont des conséquences forcées de la liberté des conventions.

Mais en sortant de l'idée étroite des intérêts exclusifs des parties, nous devons nous placer à un point de vue plus élevé, rechercher, et trouver des corrélations plus ou moins intimes entre l'intérêt privé et l'intérêt général.

La liberté de l'individu ne peut aller jusqu'à violer la loi et la morale.

Rechercher, dans les modalités qui affectent les actes juridiques, quel est le caractère de la condition impossible, contraire à la loi ou aux bonnes mœurs, étudier les effets de ces conditions, tel est l'objet que je me suis proposé.

DROIT ROMAIN

Actes juridiques. — Divisions multiples. — La condition. — L'acte conditionnel. — *Conditio in præsens vel in præteritum relata*. — *Conditio quæ omnimodo exstitura est*. — *Conditio tacita vel quæ tacite inest*. — Condition impossible. — Condition contraire aux lois. — Condition *contra bonos mœurs*. — Le sens large du mot *condition* dans cette étude. — Toutes les conditions impossibles, contraires aux lois et aux mœurs, sont considérées comme telles d'après le pays et le temps où on les envisage. — La méthode à suivre pour traiter le sujet en droit romain.

L'acte, acte juridique, *actus legitimus, negotium, negotium juris*, est une déclaration de volonté en vertu de laquelle un droit prend naissance, finit ou se modifie.

La volonté de celui qui agit est l'élément fondamental de l'acte: celui qui n'a pas de volonté ne fait pas un acte juridique mais il accomplit *un fait*, c'est comme un cas fortuit.

Pomponius, fr. 61, *in fine*, XXVI, 7 : ... impune autem puto admittendum, quod per furorem alicujus accedit: quomodo si casu aliquo, sine facto personæ, id accidisset.

Les actes juridiques peuvent être classés en: *negotia unilateralia et negotia bilateralia; negotia juris civilis (ac-*

tus legitimi) et juris gentium; negotia stricti juris et bonæ fidei ; negotia solemnia, non solemnia ; negotia onerosa, lucrativa seu gratuita ; negotia inter vivos, negotia mortis causa.

Comme nous avons à nous occuper des «divers actes juridiques, » notre sujet embrasse toutes les divisions et ne rentre exclusivement dans aucune.

Nous avons spécialement à traiter des actes conditionnels, et parmi les conditions nous n'avons à envisager que les conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs.

Qu'est-ce donc que la condition? C'est, pour me servir de la définition traditionnelle sanctionnée par des dizaines de siècles, un événement incertain et futur de l'accomplissement duquel dépend la naissance d'un droit ou sa résolution.

Rigoureusement donc un acte juridique est conditionnel lorsque la volonté de celui qui l'accomplit dépend d'un événement futur et incertain, de sorte que, l'acte n'aura d'efficacité que si la circonstance prévue se réalise.

Aussi, toutes les fois qu'un événement n'est pas incertain, ou bien qu'il n'est pas futur, nous n'aurons pas, à vrai dire, une condition, un acte conditionnel ; ce qui a lieu dans les cas suivants.

I. Supposons une *conditio in præsens vel in præteritum relata*.

Instit., Just., § 6. III, 15 : « Conditiones, quæ ad

præteritum vel ad præsens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt, veluti : *Si Titius consul fuit*, vel : *Si Mævius vivit, dare spondes* ? Nam, si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio, sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint. »

Modestinus, fr. 100, *De verb. oblig.*, XLV, 1 : « Conditio in præteritum non tantum in præsens tempus relata, statim aut *peremit obligationem*, aut omnino *nondiffert*. »

Papinianus, fr. 120 : « Si ita stipulatus fuero, *Hanc summam centum aureorum dari spondes* ? etsi maxime ita exaudiatur ille sermo, *si modo centum aureorum est*, non facit conditionem hæc adjectio quoniam si centum non sint, stipulatio nulla est ; nec placuit instar habere conditionis sermonem, qui non ad futurum, sed ad præsens tempus refertur, etsi contrahentes rei veritatem ignorant. »

Papinianus, fr. 37, *De reb. credit.*, XII, 1 : « Cum ad præsens tempus conditio confertur, stipulatio non suspenditur ; et si conditio vera sit, stipulatio tenet : quamvis tenere contrahentes conditionem ignorent, veluti, *si rex Parthorum vivit centum (millia) dare spondes* ? Eadem sunt, et cum in præteritum conditio confertur. »

Scævola, fr. 38, *eod.* : « Respiciendum enim esse, an quantum in natura hominum sit, possit scire eam debitum iri. »

Papinianus, fr. 39, *eod.* : « Itaque tunc potestatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur. »

Pomponius, fr. 16, *De injusto, rupto, irrito testamento*, XXVIII, 3 : « Quum in secundo testamento heredem eum, qui vivit instituimus, sive pure, sive sub conditione, si tamen conditio existere potuit, licet non exstiterit, superius testamentum erit ruptum ; multum autem interest, qualis conditio posita fuerit, nam aut in præteritum concepta ponitur, aut in præsens, aut in futurum. In præteritum concepta ponitur, veluti : Si Titius consul fuit, quæ conditio si vera est, id est si Titius consul fuit, ita est institutus heres, ut superius testamentum rumpatur, tum enim ex hoc heres esset si vero Titius consul non fuit, superius testamentum non est ruptum. Quod si ad præsens tempus conditio adscripta est herede instituto, veluti : si Titius consul est, eundem exitum habet, ut si sit, possit heres esse, et superius testamentum rumpatur, si non sit, nec possit heres esse, nec superius testamentum rumpatur. In futurum autem collatæ conditiones, si possibiles sunt, existere potuerunt, licet non extiterint, efficiunt ut superius testamentum rumpatur, etiam si non extiterint ; si vero impossibiles sunt, veluti : Titius si digito cælum tetigerit, heres esto, placet, perinde esse, quasi conditio adscripta non sit, quæ est impossibilis. »

Ulpianus, fr. 10, *De cond. instit.*, XXVIII, 7 : « Si quem ita institutum ponas : *Ille, si eum codicillis heredem scripsi, heres esto* : valet institutio, etiam in filio,

qui in potestate est cum nulla sit conditio quæ in præteritum confertur, vel quæ in præsens : veluti, si rex Parthorum vivit : si navis inportu stat. »

Paulus, fr. 71, pr., *De hered. instit.*, XXVIII, § : « Illæ autem institutiones captatoriæ non sunt : veluti si ita heredem quis instituat, qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Mævius heres esto : quia in præteritum, non in futurum institutio collata est. »

J'ai rapporté tous ces textes pour faire ressortir la seule idée que je poursuis. De deux choses l'une, ou le fait mis *in conditione* a déjà eu lieu dans le passé ou dans le temps présent, et alors nous n'avons qu'un acte pur et simple : si Titius *a été* consul, si Mævius *vit encore*, ou bien l'événement auquel on se réfère devait s'être produit au moment de l'acte conditionnel, mais il n'a pas eu d'existence « si le roi des Parthes vit encore », mais il est mort ; « si tel navire se trouve dans le port, » mais il n'est pas arrivé.

Dans tous ces cas prévus dans les textes, nous n'avons pas une vraie condition, parce qu'il manque l'un des éléments, à savoir que l'événement doit être futur.

Dans ces diverses hypothèses, nous pouvons donc avoir deux résultats : ou un acte juridique pur et simple, ou un acte nul, mais jamais un acte conditionnel. Pur et simple lorsque l'événement avait eu lieu dans le passé ou dans le présent, eu égard au moment de l'acte juri-

dique ; nul, lorsque le fait mis *in conditione* n'a pas eu d'existence eu égard au même moment (1).

II. Supposons une *conditio quæ omnimodo exstitura est*.

Ulpianus, fr. 9, § 1, *De novation. et deleg.*, XLVI, 2 :
« Qui sub conditione stipulatur, quæ omnimodo exstitura est, pure videtur stipulari. »

Ulpianus, fr. 18, *De cond. ind.*, XII, 6 : « Quod si ea conditione debetur, quæ omnimodo exstitura est, solutum repeti non potest : licet sub alia conditione, quæ an impleatur, incertum est, si ante solvatur, repeti possit. »

Papinianus, fr. 79, pr. *De cond. et demonstr.*, XXXV, 1 :
« *Heres meus cum morietur Titius, centum ei dato* : purum legatum est, quia non conditione, sed mora suspenditur : non potest enim conditio non existere. »

Ulpianus, fr. 7, *De verb. oblig.*, XLV, 1 : « Impossibilis conditio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat : aliter atque si talis conditio inferatur stipulationi, *si in cælum non ascenderit* ; nam utilis et præsens est (et pecuniam creditam continet) (2). »

Dans tous ces cas il peut y avoir un événement futur, mais il manque l'autre des deux éléments de la condi-

(1) Voir le commentaire des lois romaines que j'ai reproduites, dans le remarquable ouvrage de mon savant professeur M. Bufnoir, sur la *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, que j'aurai tant de fois à citer.

(2) Voir aussi Paulus, fr. 8, *De verb. oblig.*, XLV, 1. Inst. Just. III, 19, § 11 *in fine*.

tion : l'incertitude ; nous savons positivement dès le moment de l'acte que la condition s'accomplira sûrement et certainement, donc ce n'est pas une vraie condition. L'acte dans ce cas est pur et simple, et cette sorte de condition s'appelle nécessaire.

III. Prenons une *conditio tacita vel quæ tacite inest*. Dans ce cas il n'y a rien ni d'incertain, ni de futur, l'acte donc est pur et simple, parce que la condition tacite n'est pas une modalité qui s'ajoute aux autres éléments constitutifs de l'acte, mais est une condition inhérente à l'acte, tient à sa nature même ou à son objet, et doit être sous-entendue nécessairement.

Papinianus, fr. 99, *De cond. et demonstr.*, XXXV, 1
« Conditiones extrinsecus non ex testamento venientes, id est quæ tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia. »

Pomponius, fr. 1, § 3, *eod.* : « Inest conditio legati, veluti cum ita legamus : *quod ex Arescusa natum fuerit, heres dato* : aut *fructus qui ex (eo) fundo percepti fuerint, heres dato* : aut, *servum, quem alii non legavero, Seio dato*. »

Gaius, fr. 107, *eod.* : « Aliquando accidit, ut sub conditione datum legatum purum intelligatur : veluti quod sub eadem conditione relictum est, sub quas etiam heres alius institutus est : item quod sub hac conditione relictum est, *si hereditatem adierit*. Ex diverso quoque purum datum legatum conditionale videtur : veluti quod sub conditione ademptum est, quia sub contraria conditione datum intellegitur. »

Ulpianis, fr. 21, *De jure dotium*, XXIII, 3 : « Stipulationem, quæ propter causam dotis fiat, constat habere in se conditionem hanc, *si nuptiæ fuerint secutæ* : et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio, *si nuptiæ*, constat : quare, si nuncius remittatur defecisse conditio stipulationis videtur.

IV. Arrivons maintenant à la *conditio impossibilis*. Qu'est-ce, au juste, qu'une condition impossible ? Toutes les fois que les lois de la nature, même aidée des moyens d'action que la science nous fournit, mettent obstacle à l'accomplissement d'une condition, elle est impossible (1).

Inst., Just., § 11, *De inut. stip.*, III, 19 : « Impossibilis conditio habetur cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis ita dixerit : *si digito cælum attigero, dare spondes ?* »

C'est l'impossibilité *natura*, absolue ; c'est une raison naturelle qui nous révèle que la condition ne peut pas s'accomplir physiquement.

L'impossibilité, au lieu d'être absolue, peut être accidentelle, lorsque l'événement prévu est possible en soi, mais il est devenu impossible par suite des circonstances toutes relatives. J'institue Primus héritier, s'il épouse Séia ; Séia est décédée, on dit alors qu'il y a une *falsa conditio* (2).

Il y a des conditions juridiquement impossibles,

(1) Accarias, Précis de Droit romain, II, n° 533, 4°.

(2) Bufnoir, *Théorie de la condition*, p. 26.

contraires à la loi : *Si rem sacram vendideris, si sororem tuam uxorem duxeris*, c'est un obstacle légal, d'ordre public.

Enfin, il y a des conditions logiquement impossibles, que les textes désignent sous le nom de *conditiones perplexæ*, qui impliquent contradiction : on institue deux héritiers, mais chacun sous la condition que l'autre sera héritier, la condition ne pourra s'accomplir ni pour l'un ni pour l'autre.

Marcianus, fr. 16, *De cond. inst.*, XXVIII, 7 : « *Si Titius heres erit, Seius heres esto ; si Seius heres erit, Titius heres esto* ; Julianus inutilem esse institutionem scribit, quum conditio existere non possit (1). »

Dans tous les cas de conditions impossibles que nous venons de voir, qu'elles soient d'une impossibilité *natura*, juridique ou logique, on est sûr de son inaccomplissement dès qu'on l'a opposée, nous n'y voyons donc pas une vraie condition.

V. Voyons ce qu'est la condition illicite ou contraire aux lois et jusqu'à quel point on peut dire qu'elle est un événement futur et incertain.

La condition est illicite ou contraire à la loi quand elle imprime à l'acte où elle intervient, un caractère tel, que l'opération, dans son ensemble, soit réprouvée par les règles de la loi civile. Ce n'est pas à la nature du fait dont l'accomplissement ou le non accomplisse-

(1) Bufnoir, *op. cit.*, p. 31.

ment forme l'objet de la condition, qu'il faut s'attacher pour savoir si celle-ci est contraire aux lois ; c'est au but poursuivi par la partie qui a imposé la condition (M. Bufnoir, *op. cit.*, p. 34).

La condition, par exemple, apposée dans le but d'entraver les mariages, est contraire à la loi *Julia de maritandis ordinibus*.

Comme on sait d'avance que la disposition est inefficace, nous pouvons dire dans ce cas aussi qu'il n'y a pas là une vraie condition.

VI. Supposons une condition immorale, *contra bonos mores*. Nous sommes dans ce cas toutes les fois que la loi morale réprouve l'acte, eu égard toujours au but poursuivi par le disposant : je vous promets une somme si vous commettez tel délit.

Dans cette hypothèse aussi nous prévoyons dès le moment de la confection de l'acte l'inefficacité de la condition au point de vue de ses effets, et par conséquent il n'y a pas encore dans ce cas une condition véritable.

Ainsi, dans notre sujet, le mot condition est pris dans un sens large, signifiant ou bien la condition proprement dite, ou bien une charge imposée par le disposant au bénéficiaire, et l'expression de « condition » est employée faute de mieux. Ce n'est que par abus de langage et faute d'une expression adéquate à l'idée, qu'on parle surtout de condition impossible (Accarias, *op. cit.*, II, n° 533).

L'impossibilité, l'illégalité et l'immoralité des conditions dépendent des temps et des lieux.

Grâce aux progrès incessants de la civilisation, ce qui était considéré comme impossible même *natura*, il y a cent ans, peut aujourd'hui être possible : parcourir l'espace de l'orient de l'Europe à l'occident en quelques jours c'était vraiment une impossibilité de fait autrefois, aujourd'hui c'est d'une possibilité et d'un usage quotidien. Naviguer dans l'air avant la découverte de Montgolfier, c'était une condition physiquement impossible, tandis qu'aujourd'hui cela est de quelque possibilité (Maynz, *Droit romain* III, § 387, note 22).

D'un autre côté, les lois varient suivant le temps et suivant les lieux et par conséquent ce qui était illicite autrefois peut ne plus l'être ; ce qui l'est dans un pays voisin peut ne pas l'être chez nous.

Les mœurs elles-mêmes, ces habitudes considérées par rapport au bien et au mal dans la conduite de la vie (1) varient de nation à nation et de siècle en siècle. Il y a une ligne de démarcation bien tranchée entre les mœurs du paganisme et celles de la chrétienté. Enfin la marche rapide des découvertes scientifiques, tant dans le domaine du monde moral, què dans celui du monde matériel, a transformé les habitudes des peuples, et avec elles leurs institutions, leurs lois, leurs sentiments et leurs croyances mêmes.

(1) Littré, *Dictionnaire de la langue française*, v^o Mœurs.

Il ne faut pas être étonné, dit Montesquieu, si les législateurs de Lacédémone et de la Chine confondirent les lois, les mœurs et les manières ; c'est que les *mœurs représentent les lois*, et les manières représentent les mœurs (*Esprit des lois*, XIX, 16).

L'étude de l'histoire depuis l'âge des préjugés, de la crédulité, en passant par la civilisation plus ou moins avancée des anciens, par les mœurs si originales du moyen âge et en arrivant à nos jours, vient confirmer cette idée que, pour les nations comme pour les individus, suivant les expressions du poète :

Chaque âge a ses plaisirs, son esprit et ses mœurs (1).

Nous allons voir, au moins au point de vue du sujet qui nous occupe, comment l'esprit et les mœurs de chaque époque impriment un caractère propre à la législation ; « les mœurs, pour répéter les expressions de Montesquieu, représentent les lois. »

Il n'est pas toujours très facile de savoir si dans tel ou tel cas nous avons un acte contraire ou non à la loi, contraire ou non aux bonnes mœurs, c'est une question à résoudre spécialement pour chaque hypothèse.

Tout d'abord, et avant d'entrer dans l'étude des conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs dans les divers actes juridiques, nous avons besoin, pour nous faciliter la tâche, de recourir à une méthode d'exposition, d'en choisir une, parce qu'il y en a plu-

(1) Boileau, *Art poétique*, III.

sieurs qui se présentent pour traiter le sujet, et enfin il me faudra justifier mon choix en quelques mots.

Si l'on consulte les textes qui ont trait aux conditions impossibles ou illicites dans les divers actes juridiques, on ne peut manquer d'observer que les lois romaines font une distinction au point de vue des effets de ces conditions, entre les actes de dernière volonté d'une part, et les actes entre-vifs soit à titre onéreux, soit à titre gratuit d'autre part. Ainsi l'on peut très facilement établir *a priori*, et après un seul coup d'œil sur les textes, une règle fondamentale : toutes les fois qu'il s'agit d'un acte de dernière volonté, on n'a pas à tenir compte de la condition impossible, contraire aux lois ou aux mœurs : non seulement elle n'a aucune influence sur l'acte auquel elle est apposée, mais elle-même n'est pas viable, elle est considérée comme morte dès sa naissance ; en un mot, dans les actes de dernière volonté, les conditions impossibles ou illicites sont des conditions mort-nées, elles sont réputées non écrites et ne peuvent vicier en aucune façon la disposition elle-même. Lorsque, au contraire, les mêmes conditions affectent les actes entre-vifs, sans qu'il y ait à distinguer entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, elles sont considérées comme existantes, mais elles sont infectées d'un vice qui se communique nécessairement à la disposition ou au contrat même dont elles font partie intégrante et entraînent son annula-

tion. Tel est l'effet des conditions qui nous occupent en droit romain.

Cela nous amène à traiter séparément des actes entre-vifs et des actes de dernière volonté.

Une autre remarque que je crois nécessaire de placer ici c'est que, toujours de l'observation, mais de l'observation de la marche historique de notre sujet dans le droit romain, nous voyons que cette distinction entre les effets des conditions impossibles ou illicites dans les divers actes juridiques, paraît inconnue au début, puis elle se forme pour favoriser l'institution d'héritier, et puis enfin elle s'étend aux legs, aux fidéicommiss et aux affranchissements. Cette observation nous décide à traiter séparément de l'institution d'héritier, des legs, des fidéicommiss et des affranchissements, à tous les points de vue de notre sujet.

Enfin, comme lorsque nous arriverons aux temps modernes, nous verrons apparaître une autre distinction, inconnue chez les Romains, à savoir, entre les actes entre-vifs à titre gratuit et les actes à titre onéreux, toujours afin de pouvoir réunir et étudier ensemble l'effet des conditions dans chaque acte juridique, nous croyons bon de traiter séparément même en droit romain, d'une part des donations et des actes à titre onéreux, d'autre part, bien que les effets des conditions impossibles ou illicites soient les mêmes dans ces deux sortes d'actes.

Ainsi nous allons voir :

Les effets des conditions impossibles ou illicites,
Dans les actes à titre onéreux,
Dans les donations,
Dans l'institution d'héritier,
Dans les legs,
Dans les fidéicommiss et affranchissements.

DISPOSITIONS ENTRE VIFS

CONTRATS A TITRE ONÉREUX

EFFETS DES CONDITIONS IMPOSSIBLES, CONTRAIRES AUX LOIS OU AUX MŒURS

Je dois revenir sur la définition que j'ai donnée de l'acte conditionnel.

Celui qui contracte conditionnellement fait un acte unique de volonté, la condition n'est pas un élément accessoire et séparé de la disposition principale, mais elle s'incorpore pour former l'un des éléments constitutifs de l'acte même.

La volonté de celui qui contracte dépend du fait ou de l'événement futur et incertain mis *in conditione*, de sorte que l'acte n'aura d'efficacité que si les circonstances incertaines et futures se réalisent. En d'autres termes l'engagement peut se traduire dans le langage suivant : « Je veux si tel événement arrive; je ne veux pas, si les circonstances dont je parle ne se réalisent pas. »

On ne peut pas, juridiquement parlant, scinder une déclaration de volonté, il n'est pas juridique de décider que dans un acte quelconque la disposition principale sera valable, indépendamment de l'accomplissement ou du non accomplissement de la condition, qu'il s'agisse soit d'un contrat à titre onéreux, soit d'un contrat à titre gratuit, soit d'un acte *inter vivos*, soit d'un acte *mortis causa*.

Voilà la théorie, voyons les applications.

CONDITION IMPOSSIBLE

Les parties doivent avoir la volonté sérieuse de s'obliger; si elles veulent contracter en bonne foi, elles ne doivent pas soumettre l'efficacité de leurs conventions à des conditions connues comme impossibles; si elles le font, leur acte n'aura aucun résultat juridique, ce sera un pur badinage, l'acte tout entier sera nul, radicalement; la science du droit ne s'en occupe, comme des actes faits par des personnes atteintes de maladies mentales, que pour les annuler. On doit même observer que l'acte d'un insensé peut ne pas contenir en lui-même l'indice de la folie tandis qu'un acte sous condition impossible porte en lui-même la preuve qu'il n'est qu'un jeu.

Les textes en droit romain abondent pour nous montrer ce que nos ancêtres entendaient par une condition impossible, et quel était son effet dans les divers actes juridiques.

En ce qui concerne les contrats à titre onéreux, dont nous nous occupons maintenant d'une manière spéciale, depuis les temps les plus reculés et jusqu'à nos jours, les jurisconsultes ont été unanimes pour proclamer l'inefficacité de ces contrats lorsqu'ils sont faits sous condition impossible :

Gaius, Comment. III, § 98 : « Si qui sub ea conditione stipuletur, quæ existere non potest, veluti si *digito cælum tetigerit*, inutilis est stipulatio. »

Il est à peine besoin de dire que cela n'est pas du tout pratiqûe. C'est la condition favorite des jurisconsultes romains, mais en leur honneur il faut dire que cette prétendue condition n'était pas un exemple, bien moins encore un fait : c'était une expression proverbiale pour marquer une chose impossible (Coin-Delisle, p. 70, note).

Toutefois, j'ajouterai que si la condition « si digito cælum tetigerit » citée tant de fois dans les textes malgré son extravagance, et sans doute plutôt comme type de condition impossible qu'à titre d'exemple pratique, n'était pas apposée fréquemment dans les actes des Romains, il y a pourtant d'autres cas d'impossibilité qui donnaient vraiment naissance au jeu des principes juridiques.

Nous devons donc nous occuper de la condition impossible.

Tout d'abord je transcrirai ici un texte des plus remarquables qui contient la règle la plus générale, pour

tous les contrats sous condition impossible et qui motive d'une manière excellente l'effet de la condition.

Le jurisconsulte Mæcianus nous dit que non seulement les stipulations sous condition impossible n'ont pas d'existence, mais aussi tous les autres contrats vente, location..., sont nuls, parceque dans tous ces actes juridiques il faut voir *la volonté* des contractants, laquelle est si peu sérieuse qu'ils n'ont pas voulu faire un acte quelconque, ils n'ont rien voulu faire. Voici le texte .

Mæcianus, fr. 31, *De oblig. et action.*, XLIV, 7 : Non solum stipulationes impossibili conditione adplicatæ, nullius momenti sunt : sed etiam cæteri quoque contractus, veluti emptiones, locationes impossibili conditione interposita eaque nullius momenti sunt ; quia in ea re quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur : quorum proculdubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment apposita ea conditione quam sciant esse impossibilem. »

De même, si après avoir compté de l'argent à autrui, on a stipulé de lui cette somme, sous condition impossible, le contrat est nul et le stipulant peut répéter.

Ulpianus, fr. 9, § 6, *De rebus creditis*, XII, 1 : « Item quæri potest, et si quod tibi numeravi, sub impossibili conditione stipuler : cum enim nulla sit stipulatio, manebit condictio. »

Paulus, fr. 35, pr., *De verb. oblig.*, XLV, 1 : « Si sti-

pulor *ut id fiat, quod natura fieri non concedit* : non magis obligatio consistit, quam cum stipulor, *ut detur, quod dari non potest*; nisi per quem stetit, quominus facere id possit.»

Je suppose, avec le jurisconsulte Vénuléius, une stipulation sous la condition « si Titius vend une chose sacrée ou religieuse, comme une place publique. » Il n'est pas permis de faire une pareille stipulation car elle est contraire à la loi; cette condition, nous dit Vénuléius, doit être assimilée à la condition *quæ natura impossibilis est*, impossible de sa nature. Alors même qu'un changement surviendrait dans la législation, la stipulation resterait nulle, parce qu'on doit s'attacher à la législation en vigueur au moment où l'on contracte (Bufnoir, *op. cit.*, p. 30-31). Voici le texte :

Vennuleius, fr. 137, § 6, *De verb. oblig.*, XLV, 1 : « Cum his sub hac conditione stipulatus sit, *si rem sacram, aut religiosam Titius vendiderit, vel forum, aut basilicam*, et hujusmodi res quæ publicis usibus in perpetuum relictæ sint, ubi omnino conditio jure impleri non potest, vel id facere ei non liceat : nullius momenti fore stipulationem, *proinde ac si ea conditio quæ natura impossibilis est, inserta esset*; nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest et id quod nunc impossibile est, postea possibile fieri : non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum præsentis, æstimari debet stipulatio.»

Que faut-il décider si ces choses, sans changement de législation perdent leur caractère de choses sacrées ou religieuses pour entrer dans le commerce ? Dans ce cas aussi, la stipulation ne sera pas valable, parce qu'elle sera considérée comme accompagnée d'une condition immorale : personne ne peut stipuler « si telle chose sacrée devient profane (Bufnoir, *loc. cit.*). »

Enfin, nous devons ajouter que si la condition impossible est *in non faciendo*, négative, nous avons ce qu'on appelle une condition nécessaire qui ne vicie pas le contrat, mais il est considéré comme pur et simple.

Ulpianus, fr. 7, *De verb. oblig.*, XLV, 1 : « *Impossibilis conditio, cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat : aliter atque si talis conditio inferatur stipulationi, si in cælum non ascenderit ; nam utilis et præsens est (et pecuniam creditam continet).* »

Paulus, fr. 8, *eod.* : « *In illa stipulatione, si kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes ? Mortuo homine quæritur, an statim ante kalendas agi possit ; Sabinus et Proculus expectandum diem actori putant : quod est verius ; tota enim obligatio sub conditione, et in diem collata est : et licet ad conditionem committi videatur, dies tamen superest. Sed cum eo qui ita promisit, si intra kalendas digitocælum non tetigerit, agi protinus potest : hæc et Marcellus probat.* »

CONDITION CONTRAIRE AUX LOIS

Une condition contraire à la loi ne doit pas être assimilée à la condition impossible. La première comme la seconde ont ce point de ressemblance qu'elles annulent le contrat auquel elles sont apposées. Mais elles diffèrent l'une de l'autre : la condition impossible ne peut pas s'accomplir, ce n'est pas une vraie condition parce qu'il lui manque l'élément constitutif d'être un événement incertain ; la condition contraire à la loi pourrait être une condition véritable, elle peut s'accomplir, elle est un événement futur et incertain, seulement, la loi prohibant le fait mis *in conditione*, à ce point de vue on peut dire qu'on sait d'avance le sort de l'acte.

Je ferai donc, d'après mon savant maître M. Bufnoir, la distinction suivante : quand il s'agit d'une condition contraire à la loi, ce n'est pas à la nature du fait, dont l'accomplissement ou le non accomplissement forme l'objet de la condition, qu'il faut s'attacher pour savoir si celle-ci est contraire aux lois, c'est au but poursuivi par la partie qui a imposé la condition.

La nature du fait nous révèle l'impossibilité de la condition : on ne pourra pas toucher le ciel du doigt.

La nature du fait, en ce qui concerne la condition contraire aux lois, nous révèle, au contraire, la possibilité que la condition s'accomplisse, mais ce but pour-

suivi dans un contrat est illicite et le rend sans valeur ; on pourra facilement divorcer, commettre un délit.... Mais la condition contraire à la loi rend la convention elle-même illicite, voilà pourquoi elle l'annule.

Il y a toute une théorie, celle de l'*impossibilité morale*. La loi, dit-on, met les hommes dans une impossibilité morale de commettre tel ou tel fait qu'elle prohibe, d'où il résulte que la condition contraire à la loi est en quelque sorte une condition impossible.

Nous ne voyons point du tout comment le divorce, par exemple, est un fait impossible aux yeux de la loi, du moment que la loi elle-même le consacre, le permet. Et pourtant la condition de divorcer annule le contrat, parce qu'on ne se rapporte pas à l'impossibilité morale mais au but poursuivi par la partie qui a imposé la condition.

Si l'on n'arrivait pas à des résultats différents selon que l'on admet ou qu'on repousse cette théorie de l'impossibilité morale, nous aurions passé outre, mais il n'en est pas ainsi.

D'après cette théorie, la condition qui suppose l'accomplissement d'un fait *contra leges*, constituerait toujours une *conditio turpis*. Nous ferons une distinction que les textes d'ailleurs nous autorisent à faire : s'agit-il d'une condition conçue dans le but d'exciter à l'accomplissement du fait illicite ? La condition sera *turpis*, le contrat sera nul. Exemple : une stipulation qui a pour but un crime est radicalement nulle.

Papinianus, fr. 123, *De verb. oblig.*, XLV, 1 : Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.

Mais si je promets, par exemple, cent sesterces dans le cas où je commettrais un acte réprouvé par la loi, d'après la théorie exposée le contrat doit être nul, tandis que d'après nous, à raison du but qui n'est pas mauvais, nous admettons l'obligation comme valable.

Nous allons voir le cas rapporté par Papinien à ce sujet, au fragment 121, § 1 du titre du Digeste, *De verborum obligationibus*, liv. XLV, t. I. (Voir pour l'assimilation entre les conditions impossibles et illicites et sur la théorie de l'impossibilité morale : *La théorie de la condition*, de M. Bufnoir, p. 32 et suiv.).

CONDITION CONTRAIRE AUX BONNES MŒURS

Comme pour la condition contraire aux lois, ici aussi nous devons nous attacher au but poursuivi par la partie qui a imposé la condition.

En général, la condition contraire aux bonnes mœurs annule le contrat, parce qu'elle rend le contrat même immoral.

Paulus, fr. 15, § 1, *De verb. oblig.*, XLV, 1 : « Quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio : veluti si sororem (suam) nupturam

sibi aliquis stipuletur. Quanquam etiam si non sit perpetua causa, ut recidit in sorore adoptiva, idem dicendum sit : quia statim contra mores sit. »

Julianus, fr. 61, *cod.* : « Stipulatio hoc modo concepta, *si heredem me non feceris, tantum dare spondes ?* inutilis est : quia contra bonos mores est (hæc stipulatio). »

Contrairement à la théorie de l'impossibilité morale, nous allons voir qu'un fait *contra bonos mores* mis *in conditione* ne constitue pas toujours une *conditio turpis*, et que le contrat qui en dépend peut être valable.

Voici le cas rapporté par Papinien à ce sujet : une femme avait stipulé une somme de deux cents de celui qu'elle épousait, si, pendant son mariage, il reprenait l'habitude d'avoir des concubines ; le jurisconsulte répond qu'il ne voit pas de raison pour empêcher cette femme de demander, dans le cas prévu, la somme promise, en vertu d'une stipulation dictée par les bonnes mœurs.

Papinianus, fr. 121, § 1, *De verb. oblig.*, XLV, 1 : « Mulier ab eo, in cujus matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinæ tempore matrimonii consuetudinem repetiisset ; nihil causæ esse respondi, cur ex stipulatu, quæ ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta conditione pecuniam assequi non possit. »

En parlant des conditions impossibles, nous avons dit que si elles sont négatives, elles sont alors des con-

ditions nécessaires et rendent l'acte pur et simple : *si digito cælum non tetigeris dare spondes* ? la stipulation est valable.

Maintenant en assimilant les conditions contraires aux bonnes mœurs négatives aux conditions impossibles négatives, nous devrions dire que les premières aussi doivent être considérées comme des conditions nécessaires qui rendraient le contrat pur et simple. Cependant les textes nous donnent le résultat contraire.»

Ulpianus, fr. 7, § 3, *De pactis*, II, 14 : « Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionione.»

Nous avons vu dans le texte de Papinien que le contrat reste valable lorsque le promettant s'oblige à une somme dans le cas où il commettra tel fait réprouvé par la loi ou par la morale ; ici dans le texte d'Ulpien on promet une somme à quelqu'un pour que celui-ci ne commette pas un *maleficium*, c'est un contrat nul.

En effet, il est contraire aux bonnes mœurs de promettre quelque chose à un homme pour le détourner de l'exécution d'un mauvais dessein ; mais il est dans l'intérêt de la morale de stipuler une peine qu'il encourra en la commettant. C'est la justification que nous donne Pothier dans ses *Pandectæ Justinianæ* in novum ordinem Digestæ, liv. II, t. XIV, § 3. *De pactis quæ fiunt contra bons mores* (1).

(1) Pour le droit moderne, je n'ai pas suivi cette théorie.

DONATIONS

EFFETS DES CONDITIONS IMPOSSIBLES, CONTRAIRES AUX LOIS OU AUX MŒURS

Les jurisconsultes romains n'ont même pas songé à se demander si les conditions dont nous nous occupons doivent avoir sur les donations une influence autre que celle qu'elles ont sur les contrats à titre onéreux. La donation est un contrat comme les autres, elle suit les mêmes règles.

Sans doute la donation n'a pas la même nature, le même but qu'un contrat à titre onéreux, mais dans tous les cas il s'agit de la volonté des parties une et indivisible; toutes les modalités opposées par les parties font corps avec la disposition principale comme dans les autres contrats.

En droit romain, la donation n'était pas, comme de nos jours, un acte qui eut sa forme propre, acte solennel, la convention de donation ne donnait aucun droit, il fallait la faire dans l'une des formes exigées pour engendrer une action, un contrat *verbis*, ou *litteris*... cela au moins jusqu'à Justinien, et sauf quelques exceptions apportées par les princes antérieurs.

Sous Justinien la convention de donation devient une cause suffisante d'obligation.

Ainsi nous devons appliquer aux donations le texte générale du jurisconsulte Mæcianus :

Non solum stipulationes impossibili conditione adplicatæ, nullius momenti sunt, sed etiam cæteri quoque contractus, veluti emptiones, locationes, etc. (fr. 31, *De oblig. et action*, XLIV, 7, cité).

Je trouve un texte qui me fait croire que les libéralités faites à l'Etat, soit par des dispositions testamentaires, soit par des donations entre-vifs, étaient maintenues quoique faites sous des conditions illicites. Ce texte contient un rescrit des empereurs Antonin et Vérus qui décide que les conditions *damnosæ* ne doivent pas être observées.

Papirinus Justus, fr. 13, § 1, *De pollicitationibus*, L, 12: Item rescripserunt, conditiones donationibus adpositas, quæ in rempublicam fiunt, ita demum ratas esse, si utilitatis publicæ interest: quod si *damnosæ* sint, observari non debere: et ideo non observandum, quod defunctus, certa suma legata; vetuit vectigal exerceri esse enim tolerabilia, quæ vetus consuetudo comprobabat. »

Quid des donations *mortis causa*? Suivent-elles la règle des contrats au point de vue des conditions impossibles ou illicites, ou la règle des dispositions testamentaires? Parce que nous ne connaissons pas de textes qui s'expliquent sur l'effet de ces conditions,

cela seul nous fait croire qu'elles annulent la donation *mortis causa* d'après la règle générale en matière de conventions (Accarias, *op. cit.*, I, p. 1030, note 1).

Enfin, je dois mentionner ici l'effet de la condition *jurisjurandi* qui accompagne une donation *mortis causa*.

Nous verrons en détail en parlant des legs que le préteur réprouve les libéralités qui sont faites sous la condition qu'on s'engagera par serment à faire quelque chose. Il dispense le légataire de jurer mais il l'oblige à remplir la charge que le disposant lui a imposée.

Un texte nous montre que la même règle était suivie dans les donations *mortis causa*. Le voici :

Ulpianus, fr. 8, § 3, *De cond. instit.*, XXVIII, 7 : « Et in mortis causa donationibus dicendum est edicto locum esse; si forte quis caverit, nisi jurasset se aliquid facturum, restitutum quod accepit. Oportebit itaque remitti cautionem. »

DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES

INSTITUTION D'HÉRITIER

EFFETS DES CONDITIONS IMPOSSIBLES, CONTRAIRES AUX LOIS OU AUX MŒURS

Quel est le sort d'une condition impossible ou illécite dans une institution d'héritier ?

Nous n'avons pas de documents historiques qui nous révèlent un dissentiment quelconque à ce sujet. Dans tous les textes qui nous sont parvenus, la réponse est présentée nette et claire : les conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs, sont considérées comme non écrites dans une institution d'héritier, quant à l'institution, elle reste valable : *sub impossibili conditione vel alio modofactam institutionem placet non vitiari* (Dig. XXVIII, 7, fr. 1).

Voici deux textes qui nous présentent l'opinion commune des représentants des deux grandes écoles : aussi bien Labéon que Sabinus et Cassius tiennent l'institution pour valable et réputent non écrite la condition impossible.

Pomponius, fr. 6, §1, *De cond. et dem.*, XXXV, 1 : « Si servos certos quis manumississet, heres esse jussus

erat quibusdam ex his ante mortuis, Neratius respondit, deficere eum conditione; nec æstimabat, pareri posset conditioni necne: sed Servius respondit, cum ita esset scriptum, *si filia et mater mea vivant*, altera jam mortua, non deficere conditione: idem est et apud Labeonem scriptum: Sabinus quoque et Cassius, quasi impossibiles eas condiciones in testamento positas, pro non scriptis esse: quæ sententia admittenda est.»

Labeo, fr. 20, pr. *De cond. instit.*, XXVIII, 7: «Mulier, quæ viro suo ex dote promissam pecuniam debebat, virum heredem ita instituerat, si eam pecuniam, quam doti promississet, neque petisset, neque exegisset: puto, si vir denuntiasset cæteris heredibus, per se non stare, quo minus acceptum faceret id, quod ex dote sibi deberetur, statim eum heredem futurum. Quod si solus heres institutus esset in tali conditione: nihilominus puto statim eum heredem futurum: quia ἀδύνατος, id est *impossibilis*, conditio pro non scripta accipienda est.»

Toutefois, nous devons faire à cette règle générale deux réserves, en nous appuyant sur des textes:

I. *Ulpien*, fr. 50, § 1, *De heredibus instituendis* (XXVIII, 5) nous dit: *si in non faciendo impossibilis conditio institutione heredis sit expressa, secundum omnium sententiam heres erit, perinde ac si pure institutus esset.*

D'après l'opinion commune l'institution était comme pure et simple si une condition impossible négative y

était attachée. En argumentant *a contrario*, on pourrait dire qu'en cas d'une condition impossible positive, il y avait quelque discussion sur la validité de l'institution (Accarias, I, p. 813, note 1).

II. Les juriconsultes romains ne considéraient pas la règle que nous avons posée comme absolue, mais la condamnaient même peut-être. Je citerai ici deux textes qui se rapportent à une institution d'héritier, en parlant des legs nous allons en voir un autre, dans un cas comme dans l'autre, les juriconsultes concluent à l'annulation de la disposition même.

Modestinus, fr. 27, pr. *De cond. inst.*, XXVIII, 7 : Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali conditione, *si reliquias ejus in mare abjiciat* quærebatur, cum heres institutus conditioni non paruisset, an expellendus est ab hereditate ? *Modestinus* respondit : Laudandus est magis, quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non in mare secundum ipsius voluntatem abjecit : sed memoria humanæ conditionis, sepulturæ tradidit. *Sed hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui talem conditionem posuit, neque compos mentis esset.* Igitur, si perspicuis rationibus hæc suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto (heredi).»

Une première restriction donc à la règle que l'institution sous condition impossible ou illicite est valable, résulte de ce principe que l'on doit rechercher tout d'abord si le testateur a été sain d'esprit.

Dans le cas suivant, l'institution a été déclarée non valable.

Papinianus, fr. 15, *De cond. inst.*, XXVIII, 7 : «Filius qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmet patris, ac si conditio non esset in ejus potestate ; nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt nec facere non posse credendum est.»

Ainsi, selon Papinien, si un père institue son fils sous une condition honteuse, qui porte atteinte à l'honneur, à la réputation, qui est contraire aux bonnes mœurs, son testament même doit être annulé, parce qu'il n'est pas au pouvoir du fils d'exécuter une semblable condition.

Ces textes nous autorisent à généraliser, en présence d'une condition impossible ou contraire aux lois ou aux mœurs, le juge peut déclarer la disposition nulle pour démence du testateur ou parce que sa volonté n'a pas été sérieuse (*M. Accarias*, t. I, p. 813).

Revenons maintenant à la règle. Nous allons prendre des exemples des conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs que nous trouvons dans les textes, plutôt pour voir ce qu'on entendait à Rome par ces clauses que pour l'intérêt de l'effet de ces conditions, que nous connaissons déjà.

EXEMPLES DE CONDITIONS IMPOSSIBLES

Ulpianus, fr. 6, *De cond. inst.*, XXVIII, 7 : « Si quis ita institutus sit, si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset : cum monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit, conditionem evanescere, quasi impossibilem. »

Alfenus, fr. 45, *De hered. instit.*, XXVIII, 5 : « Si *Mævia mater mea et Fulvia filia mea vivent, tum mihi Lucius Titius heres esto*. *Servius* respondit, si testator filiam nunquam habuerit, mater autem supervixisset, tamen Titium heredem fore : quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet. »

Ulpianus, fr. 4, § 1, *De cond. inst.*, XXVIII, 7 : « *Julianus* scribit, eum, qui ita heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi implere conditionem : cæterum, si solus heres, scriptus sit, sub impossibili conditione heredem institutum videri : quæ sententia vera est. »

EXEMPLES DE CONDITIONS CONTRAIRES AUX LOIS

Pomponius, fr. 7, *De cond. inst.*, XXVIII, 7 : « Si quis sub conditione heredes instituisset, si invicem cavis-
sent, se legata eo testamento relicta reddituros : placet

remitti eis conditionem : quia ad fraudem legum respicerent, quæ vetarent quosdam legata capere : quamquam (et) si cautum esset in ipsa actione, exceptione, tuendus esse promissor.»

Scævola, fr. 27, *Ad legem Falcidiam*, XXXV, 2 : Seius et Agerius si intra diem trigesimum mortis meæ reipublicæ nostræ caverint contentos se futuros tot aureis legis Falcidiæ beneficio omisso, heredes mihi sunt : quos invicem substituo : quod si voluntati meæ non consenserint, exheredes sunt. Quæsitum est, an heredes instituti hereditatem adire possint, si conditioni parere nolunt, cum habeant substitutos eadem conditione præscripta ? Respondit, Seium et Agerium primo loco institutos perinde adire posse, ac si ea conditio, quæ fraudis causa adscripta est, adscripta non esset.

EXEMPLES DE CONDITIONS CONTRAIRES AUX BONNES MŒURS

Paul, *Sent.*, III, 4, B. 2 : «Conditiones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptæ nullius sunt momenti ; veluti : *si uxorem non duxeris, si filios non susceperis, si homicidium feceris, si barbaro aut larvali habitu processeris*, et his similia.»

Paulus, fr. 9, *De cond. inst.*, XXVIII, 7 : «Conditiones, quæ contra bonos mores inseruntur, remittendæ sunt, veluti *si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis patronove alimenta non præstiterit.*»

Comment nous expliquer l'effet de la condition impossible ou illicite dans l'institution d'héritier ? On a voulu donner à toute force une explication rationnelle de cette exorbitante dérogation au droit commun.

Dans la pratique, dit-on dans une première explication, il'est rare qu'une condition présente un caractère d'impossibilité ou d'immoralité aussi évident que celles que l'on prend ordinairement pour exemples. Si donc le testateur était là pour expliquer sa pensée, peut-être démontrerait-il que la condition, telle qu'il l'a entendue, n'a rien d'impossible ni d'immoral. Soit : mais la seule conséquence légitime de cette observation, dit M. Accarias, c'est que la preuve de l'impossibilité ou de l'immoralité devrait incomber à celui qui allègue la nullité de la disposition (t. 1, p. 813, note 2, 1°).

Nous voyons donc que cette explication n'explique pas beaucoup.

Dans une deuxième explication, on dit qu'il ne faut pas que la personne gratifiée soit punie de l'irrégulation ou de l'immoralité du testateur. Je ne crois pas que la question soit là : ce qu'on donne à cette personne, on le refuse nécessairement à une autre qui n'a pas non plus mérité d'être punie (M. Accarias, *loc. cit.*).

Dans une troisième explication, on dit qu'en partant de l'idée que le testateur veut, avant tout, disposer, on était arrivé, par une interprétation favorable, à faire prévaloir cette intention sur une condition à laquelle on ne voulait pas supposer qu'il eût attaché une impor-

tance décisive. Ayant à choisir entre la nullité de la disposition ou le sacrifice de la condition, on s'attachait à ce dernier parti comme rentrant mieux dans les volontés du testateur (Bufnoir, *op. cit.*, p. 38).

Quant à moi, il me paraît très probable que primitivement la règle contraire, celle que nous avons vue pour les contrats, a dû être la règle pour les actes de dernière volonté.

Les mœurs romaines commencent à considérer comme le plus grand honneur pour chaque citoyen de faire acte de maître à toute occasion de sa vie. L'institution d'héritier étant le *caput et fundamentum totius testamenti*, ils durent chercher par tous les moyens possibles à valider les institutions qui pouvaient être annulables d'après la rigueur des principes et qui devaient annuler le testament lui-même. Par conséquent, ils cherchèrent à donner force au testament, parce qu'il était l'acte de dernière volonté du citoyen, du magistrat suprême dans sa famille, propriétaire unique de toute sa fortune et de celle des siens, maître absolu avec droit de vie et de mort sur les membres de sa *domus*.

Dans quelques cas on voulait éviter l'infamie : si on mourait insolvable, on devait vendre toute la fortune du défunt en son nom, chose que les mœurs romaines considéraient comme honteuse. De là une faveur dans le sens du maintien des testaments.

Cette profonde dérogation au droit commun ne peut

donc s'expliquer que par la répugnance des Romains à mourir intestats (M. Accarias, I, p. 812).

Mais cette considération même ne suffirait pas pour expliquer la règle dans bien des cas :

Si, par exemple, la personne instituée sous une condition impossible ou illicite a des cohéritiers ou substitués, le testament aurait été valable, pourquoi l'institution conditionnelle se maintiendrait-elle ? Je dirai avec mon excellent professeur M. Accarias que, on peut dire qu'il est bien probable que c'est ce cas seul qui a préoccupé les Romains (t. I, p. 812, note 2).

Pour le reste, je n'ai qu'à m'écrier avec Pothier : Tant la liberté de tester était chère chez les Romains :

Tanto apud Romanos in pretio fuit hæc testandi facultas (*Pandectæ Justinianæ*, lib. II, t. XIV, § 3 note).

INSTITUTION CAPTATOIRE

Il y avait à Rome une institution d'héritier conditionnelle, dont la condition était réputée illicite, mais qui ne suivait pas la règle générale au point de vue de l'effet des conditions illégales. Si on instituait quelqu'un son héritier dans la vue d'en obtenir une institution réciproque, on appelait l'acte : *institution captatoire*. Ces dispositions de dernière volonté, étaient prohibées suivant l'esprit d'un certain sénatus-consulte que nous fait connaître un texte de Papinien.

Fr. 70, *De hered. instit.*, XXVIII, 5 : « *Captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt : sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis.* »

Lorsque l'institution procédait de l'affection mutuelle de deux personnes, il n'y avait rien à réprover. Mais quand il s'agissait d'un but déshonnête, quand la condition apposée tendait à déterminer la volonté d'autrui, c'est là ce que *senatus improbavit*, cela paraît avoir été le but de la loi. Si on a institué héritier Primus sous la condition si ce Primus m'a déjà institué dans son testament, ce n'est pas une institution captatoire mais une condition *in præteritum concepta* dont nous avons déjà parlé.

Ce qui est à remarquer sur les institutions captatoires c'est que, au lieu de réputer la condition non écrite on annule l'institution.

Pour motiver cette décision on peut dire que la condition a été considérée comme la cause déterminante de la disposition (Bufnoir, *op. cit.*, p. 49).

La même disposition est applicable aux legs captatoires.

LEGS

EFFETS DES CONDITIONS IMPOSSIBLES, CONTRAIRES AUX LOIS OU AUX MŒURS

Si les Romains attachaient une grande importance à la succession testamentaire, cela, comme nous l'avons vu, s'expliquait par leurs mœurs, par leur répugnance à mourir sans testament, et de là une bienveillante interprétation de leur volonté.

Mais dans le cas où un legs était accompagné d'une condition impossible ou illicite, on n'avait pas de motif pour scinder la volonté du *de cujus* : s'il a fait un acte non sérieux, c'est la preuve qu'il n'a pas voulu faire la libéralité, il n'y a aucune raison pour suivre en matière de legs conditionnels une règle autre que celle des contrats. Si un legs était annulé, le testament restait valable. Il n'y avait donc pas d'inconvénient à suivre la rigueur des principes.

Et en effet, cela a été la règle primitivement. Mais les Sabinieniens allèrent plus loin, ils proposèrent de considérer comme non écrites les conditions impossibles ou illicites même dans les legs, dans les fidécommis et dans les affranchissements. Voici comment s'exprime Gaius à ce sujet :

Gaius, Comment. III, § 98: « Legatum sub impossibili conditione relictum nostri præceptores proinde valere putant, ac si ea conditio adjecta non esset; diversæ scholæ auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem; et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest. »

Le texte de Gaius nous fait voir la controverse qui existait entre les deux grandes écoles sur le sort d'un legs sous condition impossible.

Les Proculiens, fidèles aux principes, voulaient que la condition impossible annulât le legs, comme les contrats.

Les Sabinien, par extension de la faveur admise par les deux écoles pour l'institution, validaient le legs, réputant la condition non existante. Cela rationnellement s'expliquait si peu, que le sabinien Gaius lui-même rapportant l'opinion de l'école adverse ajoute : « et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest; » en d'autres termes : il est presque impossible de combattre juridiquement l'opinion des Proculiens.

Quoi qu'il en soit :

Obtinuit impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habenbas (Fr. 3, *De cond. et demonstr.*, XXXV, 1).

Voilà la règle générale.

Ce texte parle des *conditiones impossibiles*.

Quid des conditions contraires aux lois ou, aux mœurs?

Quid des autres dispositions testamentaires : un fidéicommis, un affranchissement ?

Il y a une multitude de textes qui nous font voir comment la faveur d'interprétation des dispositions testamentaires fut généralisée.

« Quand il s'agit d'un testament les volontés des testateurs doivent être interprétées largement. »

Paulus, fr. 12, *De div. reg., jur.*, L, 17 : « In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. »

De même, lorsqu'un terme est ajouté dans un testament, on doit le présumer apposé dans l'intérêt de l'héritier ou du légataire.

Ulpianus, fr. 17, *eod.* : « Cum tempus in testamento adjicitur : credendum est pro herede adjectum, nisi alia mens fuerit testatoris... »

Le même jurisconsulte nous parle dans un texte d'un legs d'un droit d'usage, l'usager n'a pas droit aux *fructus*, cependant on lui accorde un petit droit pour son usage personnel, pour le motif toujours que les volontés des défunts ne doivent pas être interprétées trop strictement. Voici le texte :

Ulpianus, fr. 12, § 2, *De usu et habit.*, VII, 8 : « Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ^{ov}ovilis, ad stercorandum usurum dumtaxat, Labeo ait : sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum : hæc enim magis in fructu esse. Hoc amplius, etiam modico lacte usurum puto : *neque enim tam stricte interpretandæ sunt voluntates defunctorum.* »

Nous pouvons maintenant transcrire le texte le plus général :

Marcianus, fr. 14, *De cond. inst.*, XXVIII, 7 : « Conditiones contra edicta imperatorum, aut contra leges, aut quæ legis vicem obtinent, scriptæ, vel quæ contra bonos mores, vel derisorix sunt, aut hujusmodi, quas prætores improbaverunt, pro non scriptis habentur : et perinde, ac si conditio *hereditati* sive *legato* adjecta non esset, capitur hereditas, legatumve. »

Pour les fidéicommiss et affranchissements nous allons voir à leur place, la même décision (Frag. 8, § 2, XXVIII, 7 ; Frag. 72, § 7, XXXV, 1).

Enfin, sous Justinien nous avons la règle tout à fait généralisée :

Inst. Just., § 10, *De hered. instit.*, II, 14 : « Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec non in fideicommissis et libertatibus, pro non scripto habetur. »

Dans toutes ces autres dispositions testamentaires nous devons remarquer, comme nous l'avons fait pour l'institution d'héritier, que la règle ne doit pas être prise dans un sens trop absolu : il reste toujours à voir l'intention du testateur et décider en conséquence, comme le rapporte Paul dans le cas suivant :

Paulus, fr. 4, § 1, *De statuliberis* XL, 7 : « Non est statuliber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore is, qui manumissus est, vivere non possit : aut si tam difficilem, imo pene impossi-

lem conditionem adjecerit, ut aliunde ea libertas obtingere non possit; *veluti si heredi millies dedisset : aut cum moreretur, liberum esse jussisset*; sic enim libertas inutiliter datur : et ita Julianus scribit : quia nec animus dandæ libertatis est. »

Si on donne à un esclave la liberté différée jusqu'à une époque où il ne peut pas vivre, il n'est pas *statu-liber*; il en est de même lorsque la liberté lui est léguée sous une condition qui lui sera impossible de remplir, comme par exemple de donner une somme considérable à l'héritier, ou sous la condition de devenir libre quand il mourra; dans tous ces cas, suivant Julien, le testateur n'a pas eu l'intention de lui donner la liberté. Ce n'est pas la condition qui est réputée non écrite, mais on annule la disposition elle-même.

CONDITION IMPOSSIBLE

Julianus, fr. 104, § 1, *De legatis et fideicom.*, XXX, 1° : « In testamento sic erat scriptum : *Lucio Titio, si is heredi meo tabellas, quibus ei pecuniam expromiseram, dederit, centum dato* : Titius deinde, antequam tabellas heredi redderet, decesserat : quæsitum est, an heredi ejus legatum deberetur ? Cassius respondit, si tabulæ fuissent, non deberi : quia non redditis his dies legati non cessit. Julianus notat, si testamenti faciendi tempore tabulæ nullæ fuerunt, una ratione dici potest,

legatum Titio deberi : quod αδυνατος, id est, impossibilis conditio pro non scripta habetur. »

On se demande si la condition imposée à une femme esclave de se marier, ne doit pas être réputée impossible ? On a légué à une femme esclave une somme, sous la condition *cum ea nupsisset*; Pomponius, rapportant l'avis de Proculus, déclare que le legs est valable, parce que, une fois affranchie, l'esclave peut se marier.

Pomponius, fr. 58, *De cond. et demonstr.* XXXV, 1 : « Si ancillæ alienæ, *cum ea nupsisset*, legatum sit, Proculus ait, utile legatum esse : quia possit manumissa nubere. »

CONDITIONS CONTRAIRES AUX LOIS

Du legs pœnæ nomine et du legs conditionnel. — Il est très difficile de distinguer nettement un legs conditionnel d'un legs fait à titre de peine.

Ulpien nous dit dans un texte qu'on ne peut pas léguer à titre de peine. Ce jurisconsulte, ainsi que Africain et Julien ajoutent que le legs lui-même dans ce cas est nul et de nul effet.

Or, d'après Ulpien, un legs est fait à titre de peine, lorsqu'il a pour but de punir l'héritier, d'une désobéissance aux volontés du testateur. Exemple : « Dans

le cas où mon héritier donnerait sa fille en mariage à Titius, je le charge de payer dix mille écus à Séius. »
Voici le texte :

Ulpiani Regular., tit. XXIV, § 17 : « Pœnæ causa legari non potest. Pœnæ autem causa legatur quod coercedi heredis causa relinquitur, ut faciat quid aut non faciat, non ut legatum (ad legatarium) pertineat : ut puta hoc modo : *Si filiam tuam in matrimonio Titio collocaveris decem millia Seio dato.* »

De même si on fait un legs à quelqu'un dans l'intention de nuire et d'outrager. Toute la disposition est nulle et de nul effet, parce qu'il est contraire à la nature du legs d'être une peine ; le legs doit consister en un bienfait. C'est le cas qu'Africain nous rapporte dans le texte suivant :

Africanus, fr. 1, *De his quæ pœnæ causa relinquuntur*, XXXIV, 6 : « Filiofamilias vel servo herede instituto, etiam si in patris dominive pœnam illicite vel probrose datum est, nullius momenti legatum esse respondit : non enim id solum, quod in heredes sed omne, quod in cujusque lucrum aliquid ex ultima voluntate sentientis, talem (pœnam) in testamento scriptum sit, nullius momenti habendum. »

Comment distinguer le legs *pœnæ nomine* d'un legs conditionnel ? C'est en nous référant au but que s'est proposé le testateur, qu'on jugera s'il y a un legs à titre de peine ou conditionnel.

Marcianus, fr. 2, *De his quæ pœn.*, XXXIV, 6 :

« Pœnam a conditione voluntas testatoris separat : et (an) pœna, an conditio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet, idque divi Severus et Antoninus rescripserunt. »

La sanction d'une disposition à titre de peine, était la même, non seulement pour l'institution d'héritier et pour le legs, mais même pour un fidéicommiss ou un affranchissement.

Justinien enfin, par une constitution, décide le contraire : désormais, on peut valablement léguer à titre de peine, pourvu que l'ordre que le testateur donne ou la défense qu'il fait ait un but honnête.

Justinien, dans ses Institutes, II, 21, § 36, après avoir exposé l'état de la législation à son époque, en reproduisant les décisions des jurisconsultes que nous avons vues plus haut, ajoute : Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit, et generaliter ea quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relictæ, vel adempta, vel in alios translata, nihil distare a ceteris legatis constituimus (1, Cod. VI, 41), vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo ; exceptis his videlicet, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta aut alias probrosa : hujusmodi enim testatorum dispositiones valere, secta temporum meorum non patitur.

Il y a des cas où, au lieu d'une condition, il s'agit d'un *modus*. Mais parce que la charge imposée au légataire est contraire à la loi on maintient la disposition en effaçant la condition. Supposons qu'un testateur,

après avoir rempli le nombre jusqu'à concurrence duquel la loi Fusia-Caninia permet d'affranchir, lègue l'un de ses esclaves à une personne en la chargeant de l'affranchir. Cette clause est contraire à la loi parce qu'il veut indirectement affranchir un nombre d'esclaves plus considérable que la loi ne le lui permet. Mais parce que le testateur paraît avoir voulu que le légataire soit, de préférence à l'héritier, admis à profiter du legs, la libéralité est maintenue.

Paulus, fr. 37, *De cond. et dem.*, XXXV, 1 : « Si quis eum, quem ipse manumittere non poterat, legaverit ita, ut eum legatarius manumitteret : etsi a legato non repellatur, non est compellendus, ut manumittat, quoniam totiens contra legem nihil sit futurum : idque Neratius scripsit : et tamen a legato non esse eum repellendum quoniam magis legatarium aliquod commodum testator in hoc servo quam heredem habere voluisset. »

Une autre clause contraire à la loi est celle qui porte atteinte à la liberté individuelle.

Papinianus, fr. 71, § 2, *De cond. et dem.*, XXXV, 1 : « Titio centum relicta sunt ita, ut a monumento meo non recedat, vel uti in illa civitate domicilium habeat : potest dici, non esse locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur. »

Legs sous la condition si non nupserit. — Toutes les conditions apposées dans le but d'entraver les mariages sont contraires à la loi Julia *De maritandis ordinibus*.

Par conséquent, le fidéicommis laissé à titre de peine ne sera pas valable si la condition imposée au grevé est contraire à cette loi.

Je prendrai d'abord un exemple, qui pourrait être placé tant sous la rubrique d'un legs *pænæ nomine* que sous celle d'un legs sous la condition *si non nupserit*. Dans ce cas il n'y a pas à rechercher quelle a été l'intention du testateur : a-t-il voulu faire un legs *pænæ nomine* ou un legs conditionnel, parce que la condition imposée étant contraire à l'ordre public, illicite d'après la loi Julia, elle doit être réputée non écrite, la disposition restant valable ; quant au fidéicommis il est évident qu'il est *pænæ nomine*.

Je trouve l'exemple dans un texte de Julien : un legs est fait à une femme sous la condition *qu'elle ne se mariera pas*, si elle se marie, elle est chargée par fidéicommis de restituer le legs : on décide que si elle se marie, elle pourra demander le legs, sans qu'elle soit forcée d'exécuter le fidéicommis. La condition *si non nupserit* est illicite, elle tombe. Le fidéicommis est à titre de peine, il est nul, et le legs reste valable. Voici le texte :

Julianus, fr. 23, *De cond. et dem.*, XXXV, 1 : « Quotiens sub conditione mulieri legatur. si non nupserit, et ejusdem fidei commissum sit, ut *Titio restituat si nubat* : commodè statuitur et si nupserit, legatum eam petere posse, et non esse cogendam fideicommissum præstare. »

Nous avons le même résultat dans le cas suivant :

Papinianus, fr. 72, § 5, *eod.* : « *Mæviæ* si non nupserit, fundum cum morietur, lego : potest dici, et si nupserit, eam confestim ad legatum admitti. Non idem probatur. si certus dies incertus vealius legato fuerit adscriptus. »

La condition *si non nupserit* est illicite toutes les fois que le disposant l'appose dans le but d'imposer le célibat, et cela a lieu lorsque la condition est imposée à celui surtout au profit duquel on dispose.

Mais si on impose au bénéficiaire la condition de ne pas se marier à une personne déterminée ou même à plusieurs personnes déterminées, on ne peut pas dire qu'on le condamne au célibat : il lui reste un champ large à choisir dans le reste du monde.

Gaius, fr. 63, pr. *De cond. et dem.*, XXXV, 1 : « Cum ita legatum sit, *si Titio non nupserit*, vel ita, *si neque Titio, neque Seio, neque Mævio nupserit*, et denique si plures personæ comprehensæ fuerint : magis placuit, cuilibet eorum si nupserit, amissuram legatum, nec videri tali conditione viduitatem injunctam, cum alii cuilibet satis commode possit nubere. »

La condition, *si non nupserit* peut figurer dans une disposition soit pour imposer le célibat, soit au simple titre d'événement futur et incertain ; par exemple, lorsqu'un testateur dispose au profit d'une personne, si une autre personne ne se marie pas. Dans ce cas il n'y a pas entrave au mariage, la condition doit être attendue, la disposition est véritablement conditionnelle.

Dans un texte Papinien nous donne l'une et l'autre hypothèse :

Première hypothèse. — Je charge mon héritier de donner à Titius cent écus, si ma femme ne se remarie pas; et je charge Titius de remettre à ma femme les cent écus. La condition est une entrave au mariage parce que la femme est intéressée dans l'espèce à ne pas se marier pour gagner la somme. La femme se remarie, la condition est illicite, elle est réputée non écrite, le legs commence à être dû, la femme peut demander le fidéicommis.

Deuxième hypothèse. — Titius est légataire de cent écus si la femme ne se remarie pas; celle-ci n'étant pas intéressée à ne pas se marier il n'y a dans l'espèce qu'une condition ordinaire de l'accomplissement de laquelle dépend l'existence du droit du légataire.

La teneur du texte est la suivante :

Papinianus, fr. 77, § 2, *De cond. et dem.*, XXXV, 1 :
« *Titio si mulier non nupsert, heres centum dato : quam pecuniam eidem mulieri Titius restituere rogatus est. Si nupsert mulier, dies legati cedente, fideicommissum petet : remoto autem fideicommisso, legatarius exemplum Mucianæ cautionis non habebit.* »

Nous trouvons encore la seconde hypothèse dans une constitution de Gordien (L. 1, Code, *De ind. vid.*, VI, 40) :
« *Legatum alii sub conditione sic relictum, si uxor nupti se post mortem mariti non collocaverit, contractis nuptiis conditione deficit, ideoque peti nequaquam potest.*

Il peut arriver que le legs soit fait au profit d'une personne pour le cas où une autre personne ne se marierait pas et pourtant qu'il y ait une entrave au mariage, alors la condition doit être réputée non écrite.

1° Je suppose, avec un texte de Papinien, qu'un legs soit fait à un père à la condition qu'une fille qu'il a sous sa puissance ne se mariera pas. La condition est une entrave au mariage parce que le *paterfamilias*, bénéficiaire du legs dans le cas seulement où sa fille ne se mariera pas pourrait empêcher le mariage de celle-ci en refusant son consentement.

2° Je suppose toujours avec Papinien, un legs fait à un *filiusfamilias* à la condition que le *paterfamilias* ne se mariera pas, la libéralité faite au fils revient en réalité au père, donc c'est une fraude à la loi, le père étant empêché de se remarier.

Papinianus, fr. 79, § 4, *De cond. et dem.*, XXXV, 1 :
Quod in fraudem legis ad impediendas nuptias scriptum est, nullam vim habet : veluti, *Titio patri centum si filia quam habet is in potestate, non nupserit, heres dato : vel filiofamilias si pater ejus uxorem non duxerit, heres dato.*

Conditio viduitatis.— Le mari ne peut pas imposer valablement à sa femme la condition absolue de rester veuve, mais si elle porte sur un certain temps seulement, et si elle a un motif plausible comme par exemple « si elle ne se remarie pas tant qu'elle aura des enfants impubères, » la loi Julia cesse d'être applica-

ble, parce que ce n'est pas la viduité qui a été imposée, mais le soin de ses enfants, ce que nous trouvons dans le texte suivant :

Terentius Clemens, fr. 62, § 2, *De cond. et dem.*, XXXV, 1 : Cum vir uxori, *si a liberis ne nupserit*, in annos singulos aliquid legavit, quid juris sit ? Julianus respondit, posse mulierem nubere et legatum capere ; quod si ita scriptum esset, *si a liberis impuberibus ne nupserit*, legem locam non habere : quia magis cura liberorum, quam viduitas injungeretur.

Qu'est-ce qu'il faut décider dans le cas où un legs d'une même chose est fait conjointement par un mari à un tiers et à sa femme sous la condition que celle-ci ne se remariera pas, et qu'elle vienne à se remarier ? D'après la rigueur des principes, pour le tiers la condition est licite et défaillie, il n'aura rien ; pour la femme c'est une entrave au mariage, la condition est réputée non écrite ; la part du tiers, par voie d'accroissement, appartiendra à la femme.

Mais un texte de Papinien nous fait voir qu'on arrivait à un autre résultat :

Papinianus, fr. 74, *eod.* : « Mulieri et Titio ususfructus, si non nupserit mulier, relictus est : si mulier nupserit, quamdiu Titius et vivit et in eodem statu erit, partem ususfructus habebit ; tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditione paruisset : nec, si Titius,

qui conditione defectus est, legatum repudiet, ea res mulieri proderit.

Le texte prévoit le cas d'un legs d'usufruit fait conjointement par un mari à Titius et à sa femme *si non nupserit* ; si la femme se remarie, nous avons les solutions suivantes : 1° Pour la femme, la condition est illicite, elle aura la moitié de l'usufruit ; 2° Titius vit et ne subit aucun changement dans son état, pour lui la condition a défailli, il aura pourtant sa part d'usufruit. C'est contraire aux principes, pourquoi cette solution ? Parce que, la condition s'accomplissant, la femme n'aurait eu que sa part, la condition non accomplie, la femme ne doit pas avoir davantage. Ainsi pour ce motif la part de Titius ne pouvait pas profiter à la femme, elle ne pouvait pas appartenir non plus aux héritiers parce que le droit d'accroissement s'y oppose et le jurisconsulte décide que Titius la recueille ; 3° Titius répudie le legs, cela ne profitera pas à la femme, sa part retournera au nu-propriétaire.

Quid dans le cas où l'usufruit de Titius viendrait à s'éteindre par sa mort ou sa *capitis deminutio* ? Si à ce moment la femme existe encore, la part de Titius pourra lui accroître (voir sur cette importante et difficile question une note très nourrie dans *La théorie de la condition* de M. Bufnoir, p. 43).

Justinien, dans une Novelle, admet que la condition de ne pas se remarier est valable lorsqu'elle est imposée à un conjoint qui reçoit une libéralité testamen-

taire de son conjoint prémourant ou à un veuf qui reçoit *a qualibet persona* (Novel. 22, cap. 43, sub L. 2, Cod. VI, 40). Cui relictum quid fuerit a conjuge, vel a qualibet persona, ne secundas ineat nuptias : intra annum quidem non petat, nisi spes nuptiarum deficiat : post annum vero capiat, præstita cautione rei cum fructibus restituendæ, si contra fecerit. Pro re immobili iuratoria cautio fiat cum hypothecis ; pro mobili (si persona sit idonea) eadem sit cautio : alioqui et fidejussor exigitur, si præstari potest. Contractis nuptiis data vindicari potest : quod sic admittitur, ac si ei relictum, vel ordinatum non esset.

Legs sous la condition si arbitrato Titii Seia nupserit. — Une telle condition peut être au moins indirectement une entrave au mariage, elle sera donc réputée non écrite, ce que nous trouvons dans le texte suivant :

Papinianus, fr. 72, § 4, XXXV, 1 : « Si arbitrato Titii Seia nupserit, heres meus ei fundum dato : vivo Titio, etiam sine arbitrio Titii eam nubentem legatum accipere, respondendum est : eamque legis sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur. Sed si Titius vivo testatore decedat, licet conditio deficit, quia tamen suspensa quoque pro nihilo foret, mulieri succuretur. »

Legs sous la condition de ne pas épouser telle personne (si Lucio Titio non nupserit). — Dans ce cas, nous l'avons déjà vu, la condition est licite, elle doit être respectée (L. 63, pr., L. 64, pr. XXXV, 1).

Mais supposons que la personne à laquelle on impose une telle condition ne trouve pas facilement à se marier, alors forcément on la réduira au célibat et cela n'est pas permis. Le cas est formellement prévu par la loi suivante :

Terentius Clemens, fr. 64, § 1, *eod.* : « Quod si ita scriptum esset, *si Ariciæ non nupserit* : interesse, an fraus legi facta esset ; nam si ea esset quæ aliubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum, ipso jure rescindi, quod fraudandæ legis gratia esset adscriptum : legem enim utilem reipublicæ, sobolis scilicet procreandæ causa latam, adjuvandam interpretatione. »

De la condition de ne pas aliéner. — Dans les idées romaines la défense d'aliéner, fût-elle imposée par convention ou par testament, n'avait rien d'illicite. Mais si on aliène contrairement à la défense, il y a lieu à une action en dommages et intérêts à la charge de la personne à laquelle la défense a été imposée ; quant aux tiers acquéreurs, ils sont à l'abri de toute poursuite.

Dans la loi 77, § 27, *De legatis* 2°, Papinien nous fait voir un testateur qui laisse un fonds de terre à ses affranchis, sous la condition de ne point l'aliéner et de le conserver dans leur famille ; le jurisconsulte nous dit que la volonté du disposant doit être respectée.

Dans un autre texte le législateur semble considérer comme un simple conseil la défense d'aliéner que le testateur impose à ses héritiers (*De legatis* 3°, fr. 93, pr.).

Enfin, Justinien dans la loi 7 du Code, *De rebus alienis non...* IV, 51 nous donne la règle la plus générale : la volonté des contractants ou d'un testateur doit être suivie, cela non seulement pour la défense d'aliéner, mais même de ne pas constituer un droit d'usufruit, d'hypothèque, etc.

CONDITION CONTRAIRE AUX BONNES MŒURS

Legs sous la condition de divorcer ou de ne pas divorcer. — Toutes les fois qu'on poursuit le but d'imposer soit le divorce, soit le maintien du mariage, la condition est illicite. Mais il y a une condition très licite si on se rapporte au divorce comme à une éventualité en vue de laquelle on dispose (L. 5, Code Just. VI, 25 ; L. 2, Code Just. VIII, 39).

La condition jurisjurandi. — Si un testateur fait une libéralité sous la condition que le bénéficiaire s'engage par serment à faire quelque chose, cette condition est réprouvée par l'édit du préteur comme immorale. En voici le motif : il est des gens qui, pour profiter d'une libéralité, sont toujours prêts à jurer, au mépris de la religion ; il en est d'autres que la crainte de la divinité, poussée jusqu'à la superstition, empêche de faire aucun serment et qui seront privés de ce qui leur aurait été ainsi laissé.

En outre, le serment prêté, la condition se serait trouvée accomplie sans qu'il en résultât une obligation

pour le bénéficiaire. Le testateur l'obligeait de jurer et rien autre chose ; il pouvait donc toucher le legs, ne pas exécuter et se parjurer.

Pour d'autres, qui voulaient exécuter, des scrupules religieux auraient pu les priver de la libéralité en les détournant d'accomplir la condition du serment.

Voici le texte qui contient la règle et les motifs :

Ulpianus, fr. 8, pr. *De cond instit.*, XXVIII, 7 : « Quæ sub conditione *jurisjurandi* relinquuntur, a prætore reprobantur : providit enim ne is, qui sub *jurisjurandi* conditione quid accepit, aut omittendo conditionem, perderet hereditatem, legatumve, aut cogeretur turpiter accipiendi conditionem jurare : voluit ergo, eum, cui sub *jurisjurandi conditione* quid relictum est, ita capere, ut capiant hi, quibus nulla talis *jurisjurandi* conditio inseritur : et recte. Cum enim facile sint nonnulli hominum ad jurandum contemptu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem ne vel hi vel illi aut consequerentur aut perderent quod relictum est, prætor consultissime intervenit. Etenim potuit is, qui voluit factum, quod religionis conditione adstringit, sub conditione faciendi relinquere : ita enim homines aut facientes admitterentur, aut non facientes deficerentur conditione. »

§ 1. — Hoc edictum etiam ad legata pertinet, non tantum ad heredum institutionem.

Ainsi le préteur faisait remise de la condition, et déclarait la disposition pure et simple.

Mais de là il ne résulte pas que la volonté du testateur devait rester inexécutée ; en effet, le prêteur au lieu d'obliger le bénéficiaire à prêter le serment, le soumettait à la charge même que le testateur lui imposait, c'est-à-dire à donner ou à faire ce qui avait été exigé de lui sous serment.

Ulpianus, fr. 8, § 6, *eod* : « Quotiens heres jurare jubetur, daturum se aliquid, vel facturum, quod non improbum est, actiones hereditarias non alias habebit, quam si dederit, vel fecerit id, quod erat jussus jurare. »

FIDÉICOMMIS ET AFFRANCHISSEMENTS

CONDITIONS IMPOSSIBLES, CONTRAIRES AUX LOIS OU AUX MŒURS

La règle admise pour les conditions impossibles, ou illicites, dans la matière des institutions d'héritier, une fois passée, après discussion entre les écoles, dans la matière des legs, fut étendue assez facilement aux autres dispositions testamentaires. Les Institutes de Justinien nous donnent la règle ainsi généralisée :

De hered. inst., § 10, II, 14 : *Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec non in fideicommissis et libertatibus, pro non scripto habetur.*

Le fr. 8, § 2, *De cond. instit.*, XXVIII, 7, qui se rapporte à la condition *jurisjurandi* nous dit que dans les fidéicommiss on doit se conformer à l'édit du préteur, parce qu'ils suivent le sort des legs.

In fideicommissis quoque oportebit eos, qui de fideicommisso cognoscunt subsequi prætoris edictum, ea propter, quia vice legatorum funguntur.

Dans les affranchissements la règle était la même : les conditions qui nous occupent étaient réputées non écrites, la liberté étant acquise. Je prendrai l'exemple d'une *falsa conditio* assimilée à la condition impossible.

Papinianus, fr. 72, § 7, *De cond. et dem.*, XXXV, 1.

«Falsam conditionem Cassius et Cœlius Sabinus impossibilem esse dixerunt: veluti, Pamphilus, si quod Titio debeo solverit, liber esto: si modo nihil Titio fuit debitum; quod si post testamentum factum testator pecuniam exsolvit, defecisse conditionem intelligi.»

Le texte s'occupe de l'espèce suivante: le testateur affranchit un esclave par son testament « *s'il paie à Titius ce que je lui dois.* » Le testateur a acquitté cette dette après la confection du testament, il est impossible à l'esclave d'accomplir la condition, la liberté est donnée purement et simplement.

D'autres textes présentent quelques difficultés.

Nous avons vu en traitant de la condition *jurisjurandi* que l'édit du préteur considérait la disposition comme pure et simple, et obligeait le bénéficiaire, héritier ou légataire, à exécuter la charge à lui imposée par le testateur sous serment.

Un texte nous apprend que lorsqu'il s'agit d'un affranchissement, la même solution n'est pas possible, l'édit du préteur n'est pas applicable, la condition doit être remplie:

Ulpianus, fr. 12, pr. *De manumis testam.*, XL, 4: « Si quis libertatem sub *jurisjurandi conditione* reliquerit, edicto prætoris locus non erit, ut *jurisjurandi conditio* remittatur: et merito; nam si quis remisit *conditionem libertatis*, ipsam libertatem impedit: dum competere aliter non potest, quam si paritum fuerit *conditio*ni (voir la même règle dans le § 1, *eod.*).

D'où provient la différence? Sur ce point, les auteurs sont partagés.

La raison qu'en donne Barthole, c'est que le prêteur fait remise du serment parce qu'il semble dur, non seulement de ne point s'en rapporter à la promesse du légataire, mais en outre de le forcer à jurer de faire ce que renferme la condition, en sorte qu'il dût perdre son legs si sa conscience, par trop timorée, l'empêchait, par crainte de la divinité, de faire un serment quoique d'ailleurs il fut disposé à faire la chose prescrite; mais lorsque la liberté a été laissée à un esclave sous la condition du serment, cet esclave ne doit point trouver trop dure l'injonction qui lui est faite, et qui lui procure le moyen d'acquérir le plus précieux des biens, la liberté (*apud* Potbier, *Pandectæ Justin.*, XXXV., 1, § 29).

Savigny (*Droit romain*, § 123), de son côté, dit que la condition du serment est par exception autorisée dans quelques cas : 1° en faveur d'une ville; 2° lorsqu'un esclave est affranchi sous la condition d'une promesse avec serment (L. 12, pr. § 1, XL, 4). Cette exception se fonde sur ce que la plupart des actes qui peuvent être imposés à un homme libre comme conditions, ne peuvent l'être à un esclave à cause de son incapacité du droit. Au reste, le serment prêté par l'esclave n'était pas juridiquement obligatoire, c'était celui prêté par l'affranchi; mais on comptait qu'un sentiment religieux engagerait l'esclave affranchi par son premier serment à en prêter un nouveau qui donnerait lieu à une action en justice.

De ce cas, dit-il, est venu sans doute la coutume d'exiger un serment comme condition d'une disposition testamentaire; dans la suite, des testateurs imposèrent cette condition à des hommes libres, et voilà ce qui déterminait la prohibition de l'édit.

Quant à moi je souscrirai à l'opinion très juridique de mon savant maître M. Bufnoir. La remise de la *conditio jurisjurandi* à l'esclave affranchi par testament sous cette condition, ne lui aurait pas assuré le bénéfice de la liberté : le préteur, dans l'hypothèse de tout autre legs, à défaut d'efficacité reconnue par le droit civil, pouvait procurer au légataire des résultats équivalents par des moyens prétoriens. Il n'en était pas de même pour l'affranchissement : il n'y avait pas de liberté *tutione prætoris*, comme il y avait, par exemple, une propriété prétorienne. Tout ce que le préteur aurait pu faire ici, ainsi qu'il le faisait en d'autres circonstances, c'aurait été de maintenir l'esclave en liberté de fait, mais les résultats n'auraient pas été les mêmes : c'est évidemment à ces principes que se réfère notre texte, quand il dit que la liberté ne peut être acquise que par l'accomplissement de la condition, c'est *impedire ipsam libertatem*. Il suppose nécessairement que la remise de la condition *jurisjurandi* ne pouvait donner à la disposition qui y avait été soumise, que les effets qu'il était au pouvoir du droit prétorien de lui faire produire (*op. cit.*, p. 48).

Il nous reste à mentionner un dernier cas : un testa-

teur affranchit l'un de ses esclaves et lui laisse un fidéicommis sous la condition *si ad libertatem ex testamento pervenerit*. Le jurisconsulte Papinien nous apprend que l'esclave après avoir touché l'argent, fut reconnu ingénu, et conclut qu'il y a lieu à la répétition du fidéicommis comme indûment reçu. Voici le texte dans le fr. 58, *De cond. indeb.*, XII, 6 : Servo manumisso fideicommissum ita reliquit, *si ad libertatem ex testamento pervenerit*, post acceptam sine judice pecuniam, ingenuus pronunciatus est : indebiti fideicommissi repetitio erit.

Dans ce cas aussi nous avons une *falsa conditio* qui doit être assimilée à la condition impossible. En effet, il n'est pas possible d'arriver à la liberté *ex testamento* du moment que l'esclave a été reconnu avoir toujours été libre, pourquoi n'annule-t-on pas seulement la condition et le soumet-on à restituer le fidéicommis ?

On n'est pas d'accord sur cette question. La meilleure explication me paraît celle de Cujas (*ad lib. IX Resp. Papin. apud*, Bufnoir *op. cit.*) : en vertu d'un sénatus-consulte, l'affranchi qui faisait reconnaître sa qualité d'ingénu, devait restituer tout ce qu'il avait reçu, en qualité d'affranchi de son patron putatif.

Synthétisons maintenant en quelques mots ce que nous avons trouvé dans le droit romain relativement à notre sujet.

Les conditions impossibles, contraires aux lois ou

aux mœurs, jouent chez les Romains un rôle considérable.

Ce qu'ils entendaient par ces conditions et l'effet qu'ils leur donnaient dans chaque groupe d'actes juridiques, nous montrent l'état général de la société romaine, soit au point de vue des idées, de l'esprit du temps, soit au point de vue des lois et des mœurs.

La plupart des décisions portent le cachet de sagacité et de conséquence logique qui caractérise généralement les solutions données par les jurisconsultes romains (Maynz, *op. cit.*, III, p. 351).

On ne manque pas de se demander si celui qui a fait telle disposition est sain d'esprit, s'il y a ou non volonté : la lutte entre les lois, les mœurs et l'esprit indépendant des jurisconsultes se manifeste à chaque pas.

Pour nous expliquer l'effet des conditions impossibles ou illicites dans les divers actes juridiques, il faut nécessairement connaître de près la société romaine. Dans la matière des contrats, les décisions des textes inspirées par le sentiment de la justice, et par l'interprétation rigide *de la volonté* des parties, nous montrent la force du raisonnement, la logique rigoureuse et l'absence complète de l'idée de tourner par des subtilités hardies les déductions des principes : elles nous montrent le peuple qui réunissant dans sa civilisation, la civilisation de l'antiquité tout entière, formule le droit avec l'art et l'esprit qui lui ont assuré à jamais le titre de peuple législateur du monde.

Quant aux actes de dernière volonté, institutions faites exclusivement pour le citoyen romain, pour se rendre compte de leurs effets, il faut connaître ce qu'était le citoyen et sa mission dans la famille et dans la société

La vie, pour le Romain, se passait dans une rude austérité, et plus il était noble, moins il était libre. La coutume toute-puissante le renfermait dans un cercle étroit d'idées et de conduite, et sa gloire était d'avoir eu une vie sérieuse et énergique, ou, pour employer le terme expressif du latin, une vie grave et sévère. On ne demandait rien autre chose à un Romain que de tenir sa maison en bon ordre, de prendre virilement sa part en conseil et en action dans les affaires publiques (Mommsen, *Hist. rom.* Austérité et orgueil des Romains).

La famille romaine n'a pour fondement ni le sang ni la nature. C'est le lien civil de la puissance (*potestas, manus*) qui unit ses membres et maintient leur aggrégation. C'est ce lien d'emprunt qui est leur signe de reconnaissance et leur point de ralliement. On n'est pas dans la famille parce qu'on est fils, ou épouse, ou parent, mais parce qu'on est fils en puissance, épouse en puissance, parent par la soumission à une puissance actuellement commune, ou qui serait telle si le chef vivait encore. En un mot, la famille romaine, création singulière d'un peuple né pour le pouvoir, n'est pas autre chose que l'ensemble des individus re-

connaissant la puissance d'un seul chef (Troplong, *Influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, ch. III).

Dans la famille, le Romain c'est le magistrat suprême, il a le droit de vie et de mort sur les membres de sa *domus*, il peut disposer librement de toute sa fortune et de celle des siens, il a le droit et le devoir de faire acte de maître dans toute occasion de sa vie.

Dans l'ordre civil comme dans l'Etat, Rome ne vise qu'à former des citoyens, et plus elle accorde de privilèges et de grandeur à ce titre éminent, plus elle exige de celui qui le porte de sacrifices à la patrie, voulant qu'il abdique pour l'intérêt public ses affections, ses volontés, et jusqu'à sa raison intime (Troplong, *loc. cit.*).

Les mœurs exigent le respect des actes de dernière volonté du citoyen. On commence à interpréter très favorablement les dispositions testamentaires pour éviter le danger de mourir *intestat*. La succession testamentaire est en première ligne. On étend la règle d'interprétation favorable des dernières volontés, et les legs même, les fidéicommiss et les affranchissements sont respectés, bien que leur caducité n'eût pas entraîné la chute du testament.

En deux mots, tout s'enchaîne et s'explique chez les Romains.

DROIT FRANÇAIS

Je distingue dans le droit français trois grandes périodes :

L'ancien droit ;

Le droit de l'époque intermédiaire ;

Le droit actuel.

ANCIEN DROIT

Tous les actes juridiques suivent les règles du droit romain au point de vue de l'effet des conditions impossibles ou illicites. — En France, ces règles sont inexplicables. — Origine germaine des successions. — Comparaison entre les dispositions de dernière volonté à Rome et dans l'ancienne France. — Opinion des jurisconsultes. — Diverses explications sur les effets des conditions impossibles ou illicites dans les actes juridiques.

L'ancien droit français avait emprunté au droit romain tous les principes qui y avaient prévalu dans notre matière.

Les contrats, y compris les donations, étaient nuls si une condition impossible ou illicite y était apposée.

Dans les coutumes il n'y a pas de théorie des obligations, c'est au droit romain que l'on recourait pour en établir les règles.

Pour les actes de dernière volonté, toujours comme

en droit romain, la condition impossible ou illicite était réputée non écrite.

Mais ce qui est bien remarquable, ce sont les motifs que les anciens jurisconsultes donnaient aux effets de ces conditions dans chaque acte juridique.

Après discussion, à Rome, comme nous l'avons vu, les jurisconsultes furent amenés, grâce aux mœurs, aux vues et aux nécessités sociales, à effacer seulement la condition dans les actes de dernière volonté, et à maintenir la disposition.

L'état social de l'ancienne France, ses mœurs, ses vues et ses nécessités, étaient-ils les mêmes que dans la cité antique ? Loin de là !

C'est peut-être le contraire, l'opposé qu'on voit en France en ce qui concerne les successions.

Au lieu de respecter la volonté du *de cuius* jusqu'à lui permettre d'abandonner les siens au milieu de la société dépourvus de tout secours, de tout droit de succession, les Germains, au dire de Tacite, ne connaissaient pas le testament : *heredes tamen successoresque sui cuique liberi; et nullum testamentum.*

La fortune d'une personne, appartenait, après sa mort, nécessairement à sa famille, tout son patrimoine était indisponible; la propriété était plutôt familiale qu'individuelle.

C'est là l'origine du droit successoral en France. L'homme ne peut pas instituer un héritier pour lui succéder après sa mort : *Deus solus heredes facere po-*

test, et Dieu a fait héritiers d'une personne, les membres de sa famille.

Domat dans ses *Lois civiles* (t. I, p. 305) se demande « laquelle des deux successions est plus favorable, la testamentaire, ou la légitime. » Sous ce titre, il parle des trois différences entre les successions légitimes et les testamentaires; voici la conclusion de la première différence: « La loi qui permet les testaments est comme une exception de la loi naturelle et générale, qui appelle les proches aux successions. »

Au xiv^e siècle l'influence du droit romain commence, dans les testaments on applique les règles des Romains. La législation romaine fut adoptée non seulement dans les pays de droit écrit, mais même dans les pays coutumiers. Elle y passa avec ses distinctions pour les conditions impossibles et illicites qui accompagnent les actes de dernière volonté.

Toutefois, dans cette période, au xvi^e siècle, il y a des discussions sur les effets des conditions.

Tandis que bon nombre de jurisconsultes admettent les distinctions romaines, Grotius dans l'*Introductio ad jurisprudentiam Hollandiæ* (t. II, p. 18, n^o 32) ne reconnaît pas de valeur à la règle romaine, il propose de l'effacer de la jurisprudence moderne parce qu'il est hors de toute vraisemblance qu'un testateur sain d'esprit veuille donner réellement, alors qu'il attache à sa donation une condition impossible ou contraire aux bonnes mœurs.

Heineccius, l'un des grands jurisconsultes du xvi^e siècle, partage la même opinion (*De jure naturæ*, liv. I, § 401) : « *Aut jocari aut insanire videntur, priore casu pacisci noluisse, posteriore non potuisse censentur.* »

Grœnewegen (*De legibus abrogatis*) s'exprime dans le même sens : *Sed cum omnis suprema voluntas interpretari debeat et soleat secundum quod verissimilius est sensisse testatorem, cujus sola voluntas in conditionibus primum locum obtinet, ideo hujusmodi institutionem pro ridicula et nulla habendam adeoque hunc § abrogandum censeo.*

Les partisans de la distinction romaine s'efforçaient de la justifier.

Quelles étaient leurs raisons ? Voyons-les, et demandons-nous jusqu'à quel point elles pourraient être plausibles.

Doneau soutient qu'on se conforme à la volonté du testateur si on fait abstraction de la condition impossible pour maintenir la disposition principale. L'institution d'héritier elle-même, dit-il, nous montre que le testateur a voulu, avant tout, avoir un héritier ; s'il ne le voulait pas, il ne l'aurait pas institué ; or, l'héritier ne peut recueillir la succession que si l'on retranche la condition impossible ; donc le testateur lui-même a voulu qu'on l'efface. Voici ses propres expressions :

Hærede sub impossibili conditione instituto, verba indicant testatorem voluisse heredem esse eum quem instituit ; alioquin non instituisset. Proinde vult ea

quoque sine quibus ille heres esse non potest. Jam vero non potest heres esse, nisi detracta conditione impossibili: quare hoc quoque velle testator intelligitur ut detrahatur (Comm. VI, 16, 18).

Ricard emploie presque le même raisonnement: «La condition étant impossible, elle se détruit d'elle-même; mais le testateur a voulu que la chose appartint au légataire et non qu'elle restât dans sa succession. Le legs a pour fondement la volonté du défunt, il doit absolument demeurer au légataire » (*Traité des dispositions conditionnelles*, n° 223).

D'autres soutenaient la présomption d'erreur en ce qui concerne les conditions impossibles: si on savait qu'elles ne pouvaient pas s'accomplir, on ne les aurait pas apposées.

Un légataire, dit Vinnius, n'a pas concouru à l'acte, il y est étranger, il ne doit pas être victime de cette erreur que le testateur a commise en affectant la disposition d'une condition impossible (*De hered. inst.*, § 10).

Quant aux conditions contraires aux lois ou aux mœurs, elles doivent être réputées non écrites, dit-on, pour punir la témérité du donateur. Mais Ricard combattait cette manière d'expliquer une disposition conditionnelle et arrivait au même résultat, de maintenir la disposition en se fondant sur la présomption de volonté du disposant (n° 225).

Pothier, enfin, ne fait que reproduire les textes du droit romain sans donner la raison du sort de la condition impossible ou illicite (*Introduction au titre XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 64).

En résumé, trois motifs principaux ressortent des écrits des anciens auteurs que nous avons reproduits plus haut :

1° Volonté présumée du testateur d'annuler la condition impossible et de maintenir la libéralité.

2° Présomption d'erreur de la part du disposant.

3° La loi doit punir la témérité d'un bienfaiteur qui accompagne l'acte de libéralité d'une condition contraire à la loi ou aux mœurs.

Quelle est la valeur de ces motifs ? Pour éviter les répétitions nous reviendrons sur tous ces points en traitant le sujet dans le droit actuel. En effet, ces motifs ont été reproduits jusqu'à aujourd'hui par les auteurs : ils ont même été adoptés par les rédacteurs du Code. Nous espérons démontrer que juridiquement parlant ce ne sont que des considérations hypothétiques, des conceptions arbitraires, impuissantes à motiver cette solution que, en ce qui concerne les actes à titre gratuit, les conditions impossibles et illicites doivent être réputées non écrites, et la disposition principale maintenue.

ÈPOQUE INTERMÉDIAIRE

Assimilation des donations aux legs, au point de vue de l'effet des clauses impératives ou prohibitives contraires aux lois et aux bonnes mœurs et qui porteraient atteinte à la liberté. — Etat des choses et des esprits pendant la Révolution. — Loi des 5-12 septembre 1791. Son but. — Opinions de Marcadé et de Laurent.

Depuis le mois de mai 1789, époque du commencement de la grande Révolution française, jusqu'en 1804, date de l'application du Code civil, les nombreuses lois qui furent faites pour correspondre au nouvel état de choses n'apportèrent aucun changement aux lois antérieures, en ce qui concerne les contrats à titre onéreux.

En principe, il n'y a pas eu davantage de changement en ce qui concerne les effets des legs sous conditions impossibles ou illicites.

« On pourrait s'étonner, dit Toullier, qu'une erreur démontrée par les progrès de la raison n'ait pas été proscrite par la première Assemblée constituante, qui réunissait tant de lumières ; mais elle en fut détournée par les circonstances. »

Quant aux donations, l'époque intermédiaire, pour la première fois dans l'histoire du droit français, donne jour à des lois qui renversent les principes juridiques antérieurement établis, toutes les fois qu'il s'agit d'un acte à titre gratuit, entre-vifs, fait avec des clauses impératives ou prohibitives, qui seraient contraires

aux lois et aux bonnes mœurs et qui porteraient atteinte à la *liberté*. Ce mot de liberté était pris dans l'acception des lois et constitutions révolutionnaires.

C'est le seul point, presque exclusivement le seul, qui doive m'occuper dans l'époque intermédiaire, point qui ne pourrait être compris si l'on ne connaissait de près l'état des choses et des esprits pendant la Révolution. Mais, pour moi, la solution du droit intermédiaire s'explique très facilement et doit être acceptée par tout homme qui voudra se placer au point de vue du législateur révolutionnaire.

Ma tâche est donc maintenant de retracer avant tout l'*état des choses et des esprits pendant la Révolution*.

Depuis la célèbre nuit du 4 août 1789, jusqu'au 3 septembre 1791, l'Assemblée constituante s'occupa, à plusieurs reprises, de formuler les dispositions d'une loi des lois qui formât les bases fondamentales à tous les points de vue sociaux et politiques d'un nouveau monde qui naissait de l'ancienne société.

Je ne chercherai pas avec Burke si « les constituants ont répudié le passé et ont ouvert une maison de commerce sans capital. »

Je ne demanderai pas à l'esprit haineux de ce célèbre contemporain des constituants : mais que pouvait-on laisser subsister ? Rien dans l'ancien régime ne se recommandait par sa nature ni par sa popularité. Les paroisses étaient la proie des intendants, les Etats provinciaux de même, là où il y en avait. Les Parlements

avaient encore quelque vie, mais on empiétait sur leur domaine par des évocations à d'autres cours. Ils empiétaient sur le législatif par le refus d'enregistrer les ordonnances et par les arrêts de règlement. Enfin, les Etats généraux étaient oubliés depuis 1614. Rien ne vivait et n'agissait que la royauté et ses intendants, délégués, etc..... on ne pouvait s'en tenir à ce pur despotisme. C'est donc à tort qu'on reproche aux hommes de 1789 d'avoir fait table rase (M. Boutmy, *Cours d'histoire constitutionnelle*, fait à l'école des sciences politiques).

Je ne rechercherai pas non plus avec M. de Tocqueville si cette œuvre de la Constituante aurait pu être faite par la royauté sans la Révolution, si un Frédéric le Grand, monté sur le trône de France en 1750, décidé à faire disparaître l'ancien régime, l'aurait pu faire ; si le tiers état lui aurait prêté son concours.

J'envisagerai dans les deux mondes qui se séparent à l'époque dont je m'occupe, les points qui me sont indispensables pour faire connaître l'état des choses et des esprits pendant la Révolution.

Avant 1789, la liberté religieuse n'existait pas en France.

L'art. 10 de la Déclaration des droits de l'homme qui précède la constitution des 3-14 septembre 1791, s'exprime de la manière suivante :

« Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses... »

Par conséquent, les clauses d'un acte juridique qui porteraient atteinte à la liberté de la croyance, seraient inconstitutionnelles.

L'ancien régime connaissait l'inégalité parmi les hommes. Il admettait légalement les distinctions sociales, les ordres du clergé, de la noblesse, du tiers état.

L'art. 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme proclame que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. »

Conséquence : la défense de se marier avec une personne appartenant à telle classe sociale, selon le langage du vieux temps, est nulle comme contraire au nouvel ordre social établi par la Constitution.

Jusqu'à la Révolution, les dignités et emplois publics étaient réservés à ceux qui faisaient partie des classes privilégiées.

Aux termes de la deuxième partie de l'art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme : « Tous les citoyens sont admissibles à toutes les dignités, places et emplois publics selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

Il en résulte que toute clause dans un acte juridique qui tendrait à empêcher une personne d'embrasser tel état, telle profession, est contraire à la loi.

Dans l'ancienne France, le pouvoir législatif était aux mains du roi.

La teneur de la première partie de l'art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme est la suivante :

« La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. »

D'où la conclusion que toute restriction apportée dans les actes juridiques à la liberté des citoyens de remplir les devoirs imposés, d'exercer les fonctions déferées par la Constitution aux citoyens actifs et éligibles. est nulle comme illicite, portant atteinte au pacte fondamental de la nouvelle France.

Tel est l'état des choses. Ce succinct parallélisme suffit à mon point de vue, je m'arrêterai là.

L'Assemblée de 1789, tout en rédigeant la constitution nouvelle de la France, avait préparé un *projet de loi sur les successions* ; mais le temps ne lui permit pas d'en aborder la discussion (1). On en détacha alors l'art. 32 qui fut voté et décrété séparément après le discours de Barrère au nom du comité de Constitution.

Cet article forme la loi célèbre que je reproduis littéralement.

(1) Pendant la Constituante les coutumes sont encore en vigueur avec toute leur diversité. Néanmoins l'Assemblée toucha au moins indirectement à l'ancien droit de succession. Elle fit disparaître les incapacités. La qualité de serf, l'incapacité de religieux, d'étranger (droit d'aubaine), la confiscation, furent abolis. Toute personne pouvait laisser une succession. La féodalité supprimée, il n'y a plus que la succession roturière. La Constituante établit le partage égal de tous les biens entre tous les enfants. (Voir la grande loi du 15 avril 1790 et la loi du 8 avril 1791).

DÉCRET RELATIF AUX CLAUSES IMPÉRATIVES OU PROHIBITIVES INSÉRÉES DANS LES TESTAMENTS, DONATIONS ET AUTRES ACTES, DU 5-12 SEPTEMBRE 1791.

« Toute clause impérative ou prohibitive qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté religieuse du donataire, héritier ou légataire, qui gênerait la liberté qu'il a, soit de se marier même avec telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui tendrait à le détourner de remplir les devoirs imposés et d'exercer les fonctions déferées par la Constitution aux citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite. »

Quel est le but que le législateur se proposait dans cette loi ?

« Cette loi, dit Toullier, est évidemment une loi de circonstance, dictée par des motifs politiques qui n'existent plus. »

Le discours de Barrère, dans la séance du 5 septembre 1791 (*Moniteur universel* du 6 septembre 1791), le montre avec éloquence : « Ce n'est pas moi seulement, disait-il, qui réclame l'adoption de cet article, c'est la Constitution elle-même, c'est la nécessité d'assurer ses maximes et d'affermir son esprit, c'est le moyen d'arrêter les effets malheureux de l'intolérance civile et religieuse ; c'est le besoin de poser de justes bornes aux préjugés et au despotisme de quelques citoyens qui, ne

pouvant se plier aux principes de l'égalité politique et de la tolérance religieuse, proscrivent d'avance, par des actes protégés par la loi, l'exercice des fonctions publiques, l'union de leurs enfants avec des femmes qu'ils appelaient roturières ou avec des personnes qui exercent un autre culte ou qui ont une autre opinion religieuse. On voit tous les jours des testaments par lesquels des pères en instituant des héritiers, leur imposent des conditions contraires à la liberté civile, à la tolérance religieuse ou à l'égalité constitutionnelle.

« On voit que ce n'est là qu'un moyen donné par la loi civile et ancienne pour échapper à l'empire de la loi politique et moderne ; que ce n'est là qu'une inversion des maximes de la constitution par des testaments ou donations ; car ces bienfaits même sont empoisonnés par le souffle intolérant et aristocratique.

« Craignez que du sein de cette révolution même la loi prête son secours aux opinions ennemies de l'égalité et de la liberté que vous avez établies ; craignez que le père fanatique, le testateur intolérant, le donateur ennemi de la constitution, frappent, à leur gré, d'exhérédation des enfants, des légataires que la nature et la reconnaissance appellent aux successions ; craignez que les testateurs et les donataires chargent de conditions impératives ou prohibitives des droits et des dons que la loi doit rendre libres, qu'elle doit dégager de vieux préjugés et ravir à l'empire avilissant des passions. Autrement les lois de la nature et de la consti-

tution seront violées impunément ; la haine de la révolution se cachera sous les formes respectables de la volonté des mourants, ou de la générosité des donateurs ; des mariages seront empêchés ; les mœurs seront altérées ; des legs seront interceptés, des hérités même seront chargées de conditions impolitiques, immorales et intolérantes ; enfin l'aristocrate, l'intolérant et l'ennemi des principes de notre constitution commanderont encore dans le tombeau.

« C'est à nous de faire cesser une contradiction aussi frappante entre les lois politiques et les lois civiles, entre les volontés particulières et la volonté générale : la constitution seule doit triompher. »

Est-il besoin d'ajouter que l'auteur de la loi des 5-12 septembre 1791 a eu un but d'ordre social et politique ?

Qui ne connaissait les complots qui se tramaient à la cour, avant le 14 juillet, sans beaucoup de mystère même, et auxquels s'associait, avec ostentation, la fraction la plus ardente du clergé et de la noblesse (Duvergier de Hauranne, *Histoire du gouvernement parlementaire en France*, I, p. 37).

On voulait, s'il était possible, revenir à l'ancien état de choses.

La défiance, l'inquiétude, furent grandes jusqu'à la prise de la Bastille.

Dès le lendemain du 14 juillet, l'Assemblée devenait puissante, la Révolution était faite, mais la constitution restait à faire.

Au milieu de lutttes incessantes et de difficultés indescriptibles, on arriva à construire l'édifice désiré : la constitution fut achevée. Mais que d'hommes ne regrettaient les doux souvenirs d'un passé plein d'avantages pour eux, les privilèges perdus..., et quels sacrifices n'auraient-ils pas fait pour faire avorter les réformes de 1789, pour miner, s'il était possible, la Révolution elle-même !

Nous avons vu quel était l'état des choses. Tel était l'état des esprits.

Quels sont les actes qui se prêtaient le mieux à la perpétuation des privilèges, des mœurs et des institutions sociales de l'ancien régime ? C'étaient, certes, les libéralités, et quand je dis libéralités, je ne distingue pas la forme dans laquelle elles sont faites : il importait peu qu'il s'agît d'un avantage résultant d'un testament ou d'un acte entre-vifs.

Je suppose une donation faite sous la condition de ne pas se marier avec une roturière. L'acte est nul, d'après les lois antérieures, comme tout contrat. Le donateur lui-même pourra demander l'annulation quand il le voudra. Dans la crainte de cette annulation le donataire aurait pu satisfaire à la condition, et dans les faits l'œuvre de la Révolution aurait été vaine. D'où l'utilité de la loi des 5-12 septembre 1791, qui répute la condition non écrite, et maintient la libéralité.

Il faut donc nous convaincre que l'assimilation de la donation aux dispositions testamentaires, à l'époque

ntermédiaire, au point de vue des conditions contraires aux lois et aux mœurs, a eu sa raison d'être. Le motif de l'assimilation est d'ordre social et politique et non pas d'ordre purement juridique. Ceux qui ne veulent pas le voir envisagent mal la question et, quant à moi, je ne saurais les suivre.

Je ne peux pas m'engager ici dans une dissertation philosophique sur la légitimité de la raison d'Etat, l'espace me manquerait. Certes, je reconnais volontiers l'existence d'un droit naturel, et je suis profondément convaincu que les lois positives doivent en être l'exacte reproduction ; et cependant je ne puis m'empêcher de dire, quoique avec quelque timidité, que cette fidélité au droit rationnel ne saurait s'imposer aux lois politiques qui constituent une société.

On ne peut donc soutenir qu'en rédigeant une loi, il faille avant tout et exclusivement tenir compte de la seule raison juridique.

Par les considérations qui précèdent, je m'éloignerai un peu des vues de l'éminent Marcadé, qui traite la matière purement au point de vue de la raison juridique sans vouloir tenir compte des circonstances sociales et politiques, aujourd'hui du domaine de l'histoire, dans lesquelles la loi des 5-12 septembre 1791 fut rendue.

En parlant du droit romain, l'éminent auteur exprime les idées juridiques les plus justes, en arrivant au temps où nous vivons, je serais encore presque en

parfait accord avec ses conclusions, mais je m'en écarterai en ce qui concerne les dispositions de la loi de 1791.

Cela m'amène forcément, pour dégager les points que j'admets et ceux que j'écarte, à reproduire le passage de l'excellent auteur dont je parle :

« En principe donc, nous dit-il, en parlant du droit romain, le testament, comme tout autre acte, aurait dû être annulé par la présence de la condition impossible. Mais, comme on tenait par dessus tout à avoir un testament, comme cette idée avait conduit le législateur jusqu'à permettre que le testament de celui que l'âge ou la maladie empêchait de tester, fût fait par son père ou un autre ascendant (dans les substitutions pupillaire et exemplaire), on déclara que des conditions impossibles ne pouvaient être mises dans un testament que par inadvertance, et que c'était suivre la pensée du testateur que de les effacer.

« Cette règle n'aurait jamais dû passer dans notre droit français, ni surtout dans notre Code civil, qui, loin de faire ainsi du testament le mode privilégié de transmission des biens d'un défunt, le regarde, au contraire, et avec vérité, comme une exception au droit commun; car, le droit commun, chez nous, c'est la succession *ab intestat* qui jouit d'une bien plus grande faveur et présente une application bien plus fréquente que le testament. Cependant, la force de la routine a fait conserver jusqu'à ce jour cette règle bizarre; et ce

qu'il y a de plus étrange, c'est que la loi du 12 septembre 1791 est venue l'étendre aux donations entre-vifs, auxquelles les Romains eux-mêmes s'étaient bien gardés de l'appliquer. Le Code reproduit la même idée et déclare positivement que la condition impossible ou illicite sera nulle dans les dispositions entre-vifs comme dans les dispositions testamentaires.

« Les auteurs ont critiqué cette extension inintelligente de l'idée romaine ; nous irons plus loin, et nous dirons qu'on devrait supprimer non seulement l'extension de 1791, mais aussi l'idée elle-même, pour placer les testaments, comme les donations, sous l'empire des vrais principes. Les auteurs cherchent à justifier l'existence de cette règle dans les testaments en disant qu'elle est une juste punition du testateur. Mais comment un testateur peut-il être puni par l'exécution de son testament, qui n'a lieu qu'après sa mort?... S'il y a quelqu'un de puni, c'est plutôt l'héritier légitime à qui la chose léguée est enlevée. Quant au testateur, vous le favorisez bien plutôt que vous ne le punissez, puisque vous exécutez sa volonté malgré la condition, infâme peut-être, qu'il y avait attachée, condition que vous lui faites la gracieuseté d'effacer, en feignant de croire qu'il ne l'a écrite que par mégarde...

« Quoi qu'il en soit, *statuit lex* ; et notre article est trop formel pour qu'on puisse échapper à sa disposition » (*Explication du Code civil*, t. III, n^{os} 481-482).

Quant à moi je crois l'avoir démontré, il n'y a au-

cune raison plausible de critiquer la loi de 1791, elle s'explique parfaitement par les circonstances dans lesquelles elle est intervenue et par le but de ses auteurs.

C'est pourquoi je préfère me rallier à l'opinion du grand historien, philosophe et jurisconsulte qui fait tant d'honneur à notre temps. Voici comment s'exprime M. Laurent: « Comme doctrine juridique, la loi de 1791 ne saurait être approuvée. Mais il ne s'agissait pas de droit pendant la Révolution; le droit privé servait d'instrument pour attaquer le droit public, les libéralités devenaient un moyen de ruiner la Révolution. Qu'importait, dans cet état de choses, que les dispositions fussent des donations ou des testaments? Le législateur avait parfaitement raison de mettre les unes et les autres sur la même ligne, puisque les unes comme les autres servaient d'armes aux contre-révolutionnaires pour battre en brèche les idées de 1789 » (*Principes de droit civil français*, t. XI, n° 430).

L'art. 900 du Code civil, comme nous allons le voir, s'explique moins, tant au point de vue politique qu'au point de vue juridique, cependant il pourrait encore s'expliquer.

Mais pour une législation à faire, je ne saurais trop approuver les conclusions juridiques de M. Marcadé et d'autres jurisconsultes éminents dont je ferai connaître les opinions un peu plus loin en parlant du droit actuel.

Il me reste, pour en finir avec l'époque intermé-

diaire, à mentionner quelques questions plutôt de détail que de principe.

En nous reportant aux termes de la loi de 1791, nous voyons qu'il n'y est point question de la condition naturellement impossible. Cela s'explique aisément, à ce point de vue le législateur n'avait aucun danger à craindre, et par conséquent à prévenir.

Enfin, je dois mentionner que les dispositions de la loi de 1791 furent reproduites par l'art. 1^{er} de la loi du 3 brumaire an II, et par l'art. 12 de la loi du 27 nivôse an II (1), qui proscrivit également la condition « de ne pas se marier » et donna un effet rétroactif aux dispositions de la loi tout entière du 27 nivôse, en remontant jusqu'au 14 juillet 1789.

(1) Cette loi du 17 nivôse an II, est l'une des lois rares dans lesquelles on voit le législateur, pour des motifs politiques, donner effet rétroactif aux dispositions d'une loi.

DROIT ACTUEL

En suivant, dans le droit actuel, la méthode que j'ai employée en droit romain, avant de parler des legs et des donations, je commencerai par exposer l'effet des conditions impossibles et illicites dans les contrats à titre onéreux. C'est la partie la plus facile pour tous ceux qui veulent soutenir que la volonté de celui qui fait un acte juridique, ne doit pas être scindée, point qui, d'ailleurs, n'a été contesté par personne, pour les contrats à titre onéreux, depuis les Romains jusqu'à nos jours.

CONVENTIONS A TITRE ONÉREUX

L'art. 1172 du Code civil est ainsi rédigé :

« Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend » (Pothier, *Des obligations*, n° 204).

Je vais passer rapidement sur le vocabulaire que l'art. 1172 nous offre, toutes ces expressions nous étant déjà connues par le droit romain. J'aurai à insister seulement sur les points qui prennent ou qui doivent recevoir une solution différente dans le droit moderne.

C'est un axiome que les lois et les mœurs diffèrent d'un peuple à un autre, d'un temps à un autre. Même ce qui était autrefois une chose naturellement impossible, nous l'avons déjà dit, peut aujourd'hui être une chose très possible et peut être d'un usage quotidien.

Trois points doivent nous occuper sur l'art. 1172 :

1° Qu'est-ce que la condition ;

2° Que devons-nous entendre par une condition impossible ou contraire aux lois ou aux mœurs ;

3° Quel est l'effet d'une pareille condition quand elle affecte une convention.

I. DÉFINITION DE LA CONDITION

Aux termes de l'art. 1168, l'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas.

Cet article définit à la fois la condition suspensive et la condition résolutoire. Dans le premier cas, c'est l'existence de l'obligation elle-même qui est suspendue ; dans le second, l'obligation existe doré et déjà, mais sa résiliation est incertaine jusqu'à l'arrivée ou jusqu'à la non arrivée de la condition. Dans ce cas, *pura est obligatio sed sub conditione resolvitur*, disaient très juridiquement les Romains. La condition résolutoire est donc une condition suspensive qui affecte la

résiliation. Il est donc plus juridique de dire contre les auteurs du Code qui distinguent deux espèces d'obligations conditionnelles, qu'il y a une seule espèce de condition qui suspend, soit l'existence de l'obligation, soit sa résolution (1).

La condition et la cause de l'obligation. — Nous avons vu la définition de la condition. Demandons-nous ici ce qu'est la cause d'une obligation ? ce n'est que le motif juridique pour lequel on s'oblige.

Il faut bien distinguer la condition dans une obligation et la cause de l'obligation. Il n'est pas toujours facile de faire cette distinction qui ne manque pas d'utilité dans les contrats, mais qui présente un intérêt considérable dans les dispositions testamentaires (art. 900).

En effet, la condition illicite comme la cause illicite, a pour effet d'annuler le contrat. A ce point de vue on peut dire qu'il n'y a pas d'intérêt à distinguer la cause de la condition.

Mais il y a une utilité considérable à faire cette distinction dans les obligations mêmes, parce que la condition illicite a pour effet seulement d'annuler le con-

(1) Là dessus tous les auteurs sont d'accord, même Pothier que les rédacteurs du Code ont copié : *Des Obligations*, nos 198 et 224 ; Marcadé, t. IV, p. 454, n° 1. Colmet de Santerre, t. V, p. 143, n° 84 bis ; Demolombe, t. XXV, p. 272, n° 279 et p. 274, n° 280. Pourtant il est bon de lire aussi Laurent, t. XVII, p. 50 et 51 qui cite tous ces auteurs et ajoute une utile observation sur la netteté du langage dans la science du droit qui est une science essentiellement logique.

trat, tandis que la cause illicite le rend inexistant (article 1108).

« L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet, » nous dit l'art. 1131.

Et l'art. 1133 ajoute : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. »

Dans les dispositions à titre gratuit, l'intérêt de la distinction est beaucoup plus considérable, parce que la cause illicite rend la libéralité même inexistante, tandis que la condition illicite est réputée non écrite, et la disposition reste valable. C'est pourquoi nous exposerons longuement et séparément la théorie de la cause, en parlant des donations et des legs.

II. DES CONDITIONS IMPOSSIBLES, CONTRAIRES AUX LOIS OU AUX MŒURS

CONDITION IMPOSSIBLE

Nous n'avons pas à répéter ici ce que nous avons dit en détail au droit romain.

J'enregistrerai la même définition et les mêmes divisions.

La condition est impossible lorsque le fait mis *in conditione* ne peut pas s'accomplir soit à cause d'un obstacle physique, naturel, soit à cause d'un obstacle juridique, légal, de sorte que la condition ne pourrait

s'accomplir que par un changement dans la législation.

Condition naturellement impossible.—Voici des exemples donnés par M. Laurent, d'après les auteurs anciens et modernes (t. XI, p. 576) :

« Si vous touchez le ciel du doigt. »

« Si vous faites un tableau ou une statue, alors que vous n'êtes pas artiste. »

« Si un soldat amputé recouvre l'usage de sa jambe. »

« Si vous faites un monument funéraire en trois jours. »

« Si vous buvèz toute l'eau de la mer. »

« Si les hommes cessant de marcher sur leurs pieds, marchent sur leur tête. »

L'imagination la moins féconde serait capable, certes, de donner des exemples beaucoup plus plaisants.

Nous ne savons, dirai-je avec M. Laurent, si nos pères ajoutaient de pareilles clauses à leurs actes juridiques ; s'ils le faisaient, nous sommes plus sages qu'eux, car on chercherait vainement une de ces niaiseries juridiques dans nos recueils de jurisprudence. Et les auteurs feraient bien de rester sur le terrain de la réalité, au lieu de donner carrière à leur imagination. C'est discrediter notre science que de faire croire qu'elle s'occupe de ces folies.

Passons.

Condition juridiquement impossible. — On peut ici aussi imaginer nombre d'exemples.

« Si vous émancipez votre fils à l'âge de dix ans.

« Si vous mariez votre fille à l'âge de douze ans. »

La condition de faire une chose impossible naturellement ou juridiquement, peut se présenter sous une forme positive : « Si vous touchez le ciel du doigt ; » ou sous une forme négative : « Si vous ne mariez pas votre fille à l'âge de douze ans. » Nous allons voir que les effets en seront différents, selon que l'on aura adopté l'une ou l'autre de ces formes.

Une impossibilité peut être absolue, telle que personne ne puisse l'accomplir : « Si vous buvez toute l'eau de la mer ; » ou bien elle peut être relative, telle que l'accomplissement en soit possible seulement pour autrui : faire un tableau. Ici aussi les effets seront différents.

CONDITION CONTRAIRE A LA LOI OU AUX MŒURS

Il est impossible de faire l'énumération complète des conditions contraires à la loi. On procède par voie d'exemples en cette matière et non pas par voie d'énumération.

Contraire à la loi, telle n'est pas toute clause qui déroge à une disposition de la loi ; surtout en matière de contrats, les particuliers sont les meilleurs juges de leurs propres intérêts, le législateur lui-même le dit : les parties peuvent déroger à la loi (art. 1387). La liberté est de l'essence des conventions.

Toutefois, il faut faire quelques distinctions. S'agit-il

des dispositions d'un intérêt général ou d'ordre public? Les particuliers ne peuvent y déroger.

S'il est question d'un intérêt privé, la convention des parties est leur loi.

Pourtant rien de tout cela n'est absolu, même dans les questions d'intérêt général, la sanction de l'inobservation des prescriptions de la loi n'est pas toujours la nullité.

Et, par contre, en matière de contrat, dans des questions où l'intérêt privé est principalement en cause, on ne peut pas déroger à la loi (art. 1674).

Il n'y a pas là une exception à la règle qu'on peut déroger aux lois d'intérêt privé, comme on l'a dit (Valette sur Proudhon, t. I, p. 8, note); l'intérêt général et l'intérêt privé sont mêlés.

De tout ce qui précède il résulte qu'on doit plutôt se demander dans chaque cas quel est l'esprit de la loi que de tracer une règle générale.

Nous avons parlé de l'intérêt général et de l'intérêt privé. Mais presque toujours ces deux intérêts sont si enchevêtrés qu'on aura bien des difficultés à tracer la ligne de démarcation et de pouvoir dire : celui-là est un intérêt général, celui-ci un intérêt privé.

Il est vrai que dans bien des cas, le législateur prononce la nullité d'un acte qu'il estime contraire à l'intérêt général, mais il y a beaucoup d'autres cas où l'intérêt général est évident et où nous ne trouvons pas cependant dans la loi une sanction aussi énergique.

Qu'est-ce qu'il faut alors décider ? Ceci nous conduit à examiner la théorie des *nullités tacites*. En théorie, il est tout à fait élémentaire que les nullités doivent être limitativement indiquées par la loi ; c'est elle qui commande et qui défend, c'est toujours elle qui doit indiquer la peine à laquelle on s'expose en cas d'infractions à son commandement : amende, emprisonnement ou nullité de l'acte même. Cette loi serait excellente, mais elle est encore à faire.

Pour être pratique, il faut se demander ce qu'on doit faire, étant donné la loi incomplète qui nous régit.

Admettre la théorie des nullités tacites, permettre au juge de prononcer la nullité là où la loi ne la prononce pas, c'est tout ce qu'il y a de plus dangereux. La doctrine et la jurisprudence pourtant admettent comme principe que la nullité peut être prononcée en vertu de la volonté tacite du législateur. Le juge appliquera non pas ce que le législateur a voulu mais ce qu'il aurait voulu. N'est-ce pas faire l'office du législateur ? « Le juge, dit M. Laurent, sort de sa sphère parce qu'il y est forcé. A moins de laisser les lois sans sanction, il doit souvent prononcer la nullité ; c'est le seul moyen de réparer l'oubli ou la négligence du législateur. La difficulté est grande : il s'agit de deviner en quelque sorte ce que le législateur a voulu. Il faut chercher la solution dans la nature des différentes lois. Cela est logique. C'est à raison de l'importance d'une disposition législative, qu'elle doit avoir pour

sanction la nullité. Or, il y a des lois qui, par leur objet même, ont une telle importance que le législateur ne peut pas permettre qu'elles soient impunément violées, on peut dire que la nullité est écrite dans ces lois sans que le législateur ait besoin de l'écrire. Quant aux lois qui n'ont pas cette importance, elles peuvent rester sans sanction ; il n'en résultera pas un mal considérable : entre deux maux, le juge choisira le moindre. Tel est le principe (*op. cit.* t. I, p. 81-82).

En résumé, l'obligation, ou la cause de l'obligation, ou la condition affectant un contrat, qui se rapporte à un fait ou à un acte contraire à l'intérêt général n'est pas valable.

Nous devons maintenant nous demander ce qu'on doit entendre par *intérêt général*.

L'art. 6 du Code civil paraît contenir la règle en cette matière, il est ainsi conçu : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

L'art. 1133 nous dit que la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

Et l'art. 1172 : « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend. »

De ces trois articles trois points se dégagent :

1° Dans une convention les parties ne peuvent pas introduire des clauses contraires à l'ordre public.

2° Elles ne peuvent non plus s'imposer l'une à l'autre, ou imposer à un tiers ce qui est contraire aux bonnes mœurs.

3° Quand même une disposition ne serait contraire ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs, il se peut qu'elle ne soit pas valable parce que la loi la prohibe.

D'après cette énumération, les mots *intérêt général* ou *intérêt public* pris dans un sens large désignent ce qui importe à la société, en quelque manière que ce soit, c'est l'avantage de l'Etat, de la société, manifesté par la volonté générale, la loi (Littré, *op. cit.*, v° *Intérêt*).

Cela nous amène à examiner ce qu'il faut entendre au juste par ordre public, bonnes mœurs, et quelles sont les prohibitions de la loi en dehors des deux cas précédents.

Ordre public. — C'est l'ensemble des règles qui font la sûreté de la société (Littré, v° *Ordre*).

Pour le maintien de cette sécurité sociale, le législateur a pris, de tout temps, les plus sages mesures relativement aux relations politiques, en déterminant, par la constitution ou par d'autres lois politiques, les droits et les obligations des citoyens ; relativement aux relations privées, en faisant dans le Code civil des distinctions nombreuses à l'égard des personnes d'après leur condition dans la société, d'après leur âge, leur

sexe, leur capacité, leur nationalité, leur état. De là la classification des individus en étrangers et indigènes, en mineurs et majeurs, en hommes et femmes, en mariés et célibataires, en capables et incapables, en interdits ou placés sous conseil. L'on voit que le classement des personnes établit une certaine position sociale, que nous appelons *état*, et l'état a pour conséquence ou la capacité ou l'incapacité. Nous arrivons ainsi à cette définition que, par *lois qui intéressent l'ordre public*, le Code entend les lois qui fixent l'état des personnes, et la capacité ou l'incapacité qui y est attachée (Mauguin, *Dissertation sur l'art. 6 du Code civil*, insérée dans Sirey, t. IX, 2^e partie, p. 345 et suiv., *apud* Laurent, t. I, n^o 47).

Dans l'ordre des relations politiques : « On ne peut pas déroger aux lois relatives à l'établissement des impôts, ou aux lois qui fixent l'ordre des juridictions, etc. »

Dans l'ordre des relations privées : Toute convention par laquelle un père émancipe son fils est nulle, parce que la puissance paternelle est d'ordre public ; par un simple accord de volonté on ne peut pas se soustraire aux solennités exigées par la loi en cette matière (Cass., 7 mars 1816).

On ne peut pas s'interdire un partage par une convention.

De même on ne peut pas déroger à la puissance maritale, à la puissance paternelle, etc.

Bonnes mœurs. — Ce sont les habitudes d'une société, dans un temps déterminé, considérées par rapport au bien dans la conduite de la vie. Ceci relève de l'*ordre moral* du pays, il s'agit des lois écrites ou non, sur lesquelles repose la morale.

Si l'on prend les mots « *ordre public* » dans leur acception large, il est évident que les bonnes mœurs doivent rentrer en première ligne. Mais c'est justement parce que dans l'idée d'ordre public il y a quelque chose de beaucoup plus général, il y a encore d'autres idées, que le législateur a parlé spécialement des bonnes mœurs dans plusieurs articles du Code civil pour la clarté de leur rédaction et pour nous montrer que la réciproque ne serait pas exacte : tout ce qui est relatif à l'ordre public ne rentre pas dans l'idée de bonnes mœurs.

Voici comment s'exprime à ce sujet le tribun Faure dans son discours au Corps législatif : Les bonnes mœurs sont une dépendance de l'ordre public. Les mots *ordre public* eussent seuls pu suffire ; si l'on y a ajouté les bonnes mœurs, c'est pour donner à la rédaction de l'article toute la clarté dont elle était susceptible. En effet, tout ce qui concerne les bonnes mœurs intéresse l'ordre public ; mais tout ce qui intéresse l'ordre public ne concerne pas les bonnes mœurs (Locré, *Législation civile*, t. I, p. 617).

Quelles sont les règles et les lois qui nous révèlent ce qui est contraire aux bonnes mœurs ? Nous trouvons

quelques indications dans les lois elles-mêmes, mais la plupart du temps les cas qui pourraient se présenter ne sont pas expressément réglés dans le Code.

La législation n'est pas un cours de morale, dit très spirituellement M. Laurent (I, p. 89).

Nous trouvons dans tout pays un Code tout entier sur les délits et sur les peines.

Il est plus qu'évident que le législateur en punissant tel fait, a constaté préalablement que ces faits appartiennent aux plus mauvaises mœurs, étant donnés les nécessités et les avantages de la société pour laquelle il légifère. Toute convention donc qui a pour objet, ou pour cause ou comme condition, un délit, est frappé de nullité.

La difficulté commence lorsque nous nous trouvons en présence des faits qui ne sont pas déclarés immoraux par les lois pénales ou même par les lois civiles.

Y a-t-il un critérium qui puisse guider le juge dans sa décision ? Non, et le législateur n'en pouvait formuler aucun, car c'est une question de pure morale.

La morale sociale n'est pas et ne peut pas être une pour tous les pays et pour tous les temps. Ses règles, parce qu'elles sont applicables aux hommes, se modifient au fur et à mesure des progrès de la vie sociale, pour arriver, en regardant la question dans le temps, à dire qu'il y a une morale païenne et une morale chrétienne, une morale religieuse, d'après telle religion,

et une morale toujours religieuse chez un autre peuple qui suit une autre croyance.

En regardant la question dans le même temps et dans le même pays, il y a encore une morale religieuse et une morale philosophique. Il y a des dissentiments infinis entre les penseurs. A quoi faut-il s'en tenir pour décider ce qui est ou non contraire aux bonnes mœurs ?

Je ne pourrais faire mieux, quant à moi, que de souscrire à la règle que M. Laurent trace au juge. « Les philosophes, nous dit-il, sont divisés, sur cette question, aussi bien que les religions. Est-ce à dire que le juge est sans règle en cette matière ? Non : on exagère quand on se plaint de l'incertitude de la morale (Mauguin, dans Sirey, IX, 2, p. 348 et suiv.) ; il faudrait dire que la morale est progressive, elle change donc, mais en s'épurant, en se perfectionnant. Et quel est l'organe de ce progrès incessant ? la conscience humaine. Il y a à chaque époque de la vie de l'humanité une doctrine sur la morale que la conscience générale accepte, sauf des dissidences individuelles qui ne comptent pas. En ce sens, on peut dire qu'il y a toujours une morale publique ; les conventions contraires à cette morale seront, par cela même, contraires aux bonnes mœurs, et comme telles, frappées de nullité (*op. cit.*, t. I, n° 56).

Prohibitions légales en dehors des cas déclarés d'ordre public et de bonnes mœurs. — Le Code civil, dans nombre de dispositions interdit, à telle personne déterminée ou à toute personne en général, de faire tel ou

tel acte, sans indiquer au juste la sanction de ces dispositions, ou sans qu'il l'indique du tout. Quant aux expressions que la loi emploie pour nous montrer ces prohibitions elles sont : telle personne *ne peut pas faire* tel acte, telle chose *ne peut pas* se faire, ou bien : *il est défendu* à telle personne de faire tel acte.

Les auteurs se demandent quelle doit être la valeur juridique des conventions qui contreviendraient à ces dispositions prohibitives de la loi ?

Les difficultés sont presque insurmontables. D'une part on n'entrevoit pas toujours facilement s'il y a en jeu un intérêt d'ordre public, ou de mœurs, d'une autre part dans la loi on ne voit pas la peine de nullité pour chaque cas spécial que le législateur a voulu prohiber.

Qu'est-ce que l'on doit admettre ? Faut-il dire avec Dumoulin : « Le mot *ne peut* ôte toute puissance de droit et de fait ; il en résulte une nécessité précise de se conformer à la loi, et une impossibilité absolue de faire ce qu'elle défend ? » (Dumoulin sur la loi 1, D., *De verb. oblig.*, n° 2).

Une constitution des empereurs Théodose et Valentinien, qui était reçue dans l'ancien droit français, résolvait la question d'une façon bien claire, en voici la teneur : « Nous voulons, disent les empereurs, que tout pacte, toute convention, tout contrat passé entre ceux à qui la loi défend de le faire, soient regardés comme non avenus ; en sorte qu'il suffise au législateur d'avoir défendu ce qu'il ne veut pas qu'on fasse et que tout le

reste s'ensuive de l'intention de la loi, comme s'il était expressément ordonné; c'est-à-dire que tout ce qui est fait contre la défense de la loi soit non seulement inutile, mais encore considéré comme non fait, quoique le législateur se soit borné à le défendre et n'ait pas déclaré qu'il le défendait à peine de nullité. Et s'il se fait ou s'il arrive quelque chose, soit en conséquence, soit à l'occasion de ce qui a été fait au mépris de la défense de la loi, nous voulons qu'on le regarde pareillement comme nul et de nul effet. D'après cette règle, par laquelle nous anéantissons tout ce qui est contraire aux lois prohibitives, il est certain que l'on ne doit ni admettre une stipulation de cette nature, ni donner un mandat de cette espèce, ni avoir égard au serment qui tendrait à couvrir la nullité de l'un ou de l'autre. (C'est la traduction de M. Laurent d'après la loi 5, *De legg.*, Code Justinien, I, 14).

Mais le Code civil n'a rien reproduit de cette constitution des empereurs romains.

Toutefois, Merlin, en se fondant sur la décision de Théodose et Valentinien et interprétant la forme dans laquelle le législateur moderne exprime sa pensée, établit comme théorie sous l'empire du Code civil que toute loi prohibitive implique la nullité des actes qui y sont contraires, sans que la loi ait besoin de la prononcer.

Chose curieuse, le principe de la loi romaine a été formellement consacré par la commission chargée de

rédiger un projet de Code civil. Voici ce que nous lisons dans le livre préliminaire, titre IV, art. 6 du projet : « Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoiqu'elle ne soit pas formellement exprimée. » Mais cela a disparu dans la rédaction définitive. Cependant, cette même règle est admise par la doctrine et par la jurisprudence. Et, en effet, cette décision me paraît très fondée. Le législateur en formulant une prohibition a exprimé presque complètement sa volonté, il veut que cela soit suivi : l'autorité de la loi, le respect qu'on doit à la volonté générale, ne permettent pas aux particuliers de la violer. Entre deux juges qui se prononcent sur une disposition : l'un le législateur qui prohibe et l'autre le particulier qui enfreint la prohibition, le premier qui est le mandataire légal de tous, doit l'emporter.

On ne peut pas, rationnellement, supposer que le législateur se soit mis en contradiction avec lui-même d'une manière aussi flagrante : comment prohiber un acte, et puis le laisser valable lorsqu'on vient l'accomplir !

A l'appui de cette manière de voir j'ajouterai un argument de texte : La femme, pour être relevée de son incapacité de femme mariée, doit avoir l'autorisation de son mari.

La femme *ne peut* ester en jugement... sans l'autorisation de son mari (art. 215).

La femme *ne peut* donner, aliéner... sans le con-

cours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit (art. 217).

Et puis, la loi ne dit nulle part que la nullité soit la sanction de ces dispositions. Mais l'art. 225 suppose la nullité, en indiquant qu'elle ne peut être invoquée que par certaines personnes déterminées : « La nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers.

J'ajouterai enfin un motif tiré des débats qui ont eu lieu à l'occasion de la confection de la loi : l'article 1388, conçu en termes assez généraux dispose : « Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre : *de la puissance paternelle* et par le titre : *de la minorité de la tutelle et de l'émancipation*, ni aux dispositions prohibitives du présent Code ». Nulle part la loi ne parle de la nullité en cas de dérogation à cette prohibition. Lors de la discussion de cet article au Conseil d'Etat, Bérenger et Bigot-Préameneu proposèrent d'exprimer dans le Code, la sanction, la nullité, mais cela fut rejeté. Qu'en résulte-t-il ? L'article 1388 applique le principe de l'art. 6, lequel implique nullité comme nous l'avons vu, donc l'art. 1388 implique lui aussi nullité.

Nous sommes arrivés maintenant à établir une

règle en cette matière; toutes les fois que la loi exprime:

Que telle personne *ne peut pas* faire tel acte,

Que telle chose *ne peut pas* se faire,

Qu'*il est défendu* à telle personne de faire tel acte...

Les expressions *ne peut, il est défendu...* ont l'effet d'une disposition prohibitive; et les dispositions prohibitives entraînent nullité.

Dispositions impératives en dehors des cas où l'ordre public et les bonnes mœurs sont intéressés. — Quelquefois la loi ne se sert pas de la forme prohibitive que nous avons vue, mais elle emploie le langage suivant :

Tel acte *doit être fait* dans telle forme (art. 1326).

Tels actes *seront rédigés* dans telle forme (art. 1394).

Telles formalités *doivent être observées* dans tels actes (art. 1001).

Ce sont, ce qu'on appelle, des *dispositions impératives* dans une loi.

Si nous observons bien, ces dispositions peuvent être très facilement rédigées dans la forme *prohibitive* :

Tel acte ne doit être fait que dans telle forme;

Tels actes ne seront rédigés que dans telle forme;

Ou bien, pour me servir des mots que la loi emploie dans la forme prohibitive :

Tel acte *ne peut* être fait que dans telle forme ;

Tels actes *ne pourront* être rédigés que dans telle forme.

Que devons-nous décider relativement aux dispositions impératives? Il m'est très difficile d'appliquer

ici, sans réserve, la théorie de Merlin sur les dispositions prohibitives. Les auteurs font ici une distinction très admissible sur les formalités. Il y a, disent-ils, des formes substantielles et des formes accidentelles que la loi exige dans les actes juridiques. Les premières constituent la substance de l'acte, sans elle l'acte est non existant; les secondes n'entraînent la nullité de l'acte que lorsque nous trouvons dans la loi une clause irritante (Merlin, *Question de droit*, v° *Mariage*, § 3, n° 1; *Répertoire*, v° *Nullité*, § 1, n° 5; v° *Inscription hypothécaire*, § 5, n° 3; Arrêt célèbre, Cass. 22 avril 1807).

Objections à la théorie de Merlin sur les dispositions prohibitives. — Toullier est l'un des plus grands jurisconsultes qui ont combattu avec beaucoup de soin et de force la théorie de Merlin. La loi 5 du Code Justilien, dit-il, est une loi positive dont l'autorité n'est pas obligatoire en France. Est-elle fondée sur la nature des choses? Non. Dans toutes les législations existent et ont existé des lois prohibitives qui laissent subsister les actes faits contre la prohibition, la simple défense donc, même absolue, n'a point par elle-même et sans clause irritante, la force d'annuler les actes contraires. Dans le Code civil on trouve toujours ou presque toujours la clause irritante ajoutée aux dispositions prohibitives que le législateur a voulu faire observer sous peine de nullité (art. 896, 943, 1001, 1097, 1098, 1099, 1596, 1597, 2063, etc.). Au contraire, on trouve des

dispositions prohibitives qui n'annulent pas les actes (art. 228, etc.).

J'aurais voulu donner au moins un résumé de tout ce que Toullier invoque à l'appui de son opinion dans les nos 491 jusqu'au n° 524 surtout, du septième volume de son ouvrage classique de droit civil, mais cela m'est impossible dans ce travail, je ne prendrai donc que quelques objections parmi celles que les jurisconsultes ont faites à la théorie de Merlin pour voir jusqu'à quel point elles sont fondées.

Première objection. — Si les dispositions prohibitives emportent nullité sans que la loi le dise, alors il faudrait admettre la même théorie pour les dispositions impératives, parce que, dans le dernier cas aussi, la loi quelquefois implique la nullité (art. 1325, 1326, 1394, 1395).

On peut, je crois, répondre facilement à cette objection : s'il y a des dispositions impératives qui emportent nullité, cela prouve qu'au fond elles sont prohibitives, et comme telles, entraînent la nullité, cela confirme la théorie de Merlin, loin de l'affaiblir.

Deuxième objection. — Si les dispositions prohibitives par elles-mêmes entraînent nullité, pourquoi la loi exprime-t-elle quelquefois la sanction de la nullité ? N'est-ce par *a contrario* que la nullité n'existera pas dans les cas non exprimés (art. 943, 896, 1596, 1597, 2063) ?

Je répondrai que dans certains cas la loi a exprimé

la nullité parce qu'elle devait l'exprimer, comme dans l'art. 943, pour se séparer du système de l'ordonnance de 1731, et comme dans l'art. 896, pour annuler la disposition même vis-à-vis du grevé (Cass., 18 janvier 1808), d'autres fois elle a parlé inutilement, surrogatoirement. Dans ce dernier cas, il est de principe que de pareilles dispositions ne dérogent pas au droit commun (Laurent, I, n° 66).

Troisième objection. — Si les dispositions prohibitives entraînent nullité, comment expliquer que certaines de ces dispositions n'emportent pas nullité ? (articles 1749, 1860).

Ici nous répondons par l'intérêt purement privé des parties qui est en jeu, et dont les contractants ont la libre disposition (1).

L'art. 900 nous offrira des cas d'application nombreux de cette triple distinction. Nous y rechercherons ce qui est contraire à l'ordre public, à l'intérêt général et privé, et enfin ce qui est contraire aux bonnes mœurs.

(1) Ici on peut faire une objection bien forte : il y a des dispositions prohibitives dans la loi, dans un intérêt purement privé, la forme prohibitive n'est donc pas décisive (Laurent, I, n° 66).

III. EFFETS DES CONDITIONS IMPOSSIBLES, CONTRAIRES
AUX LOIS OU AUX MŒURS, AFFECTANT LES
CONVENTIONS

CONDITION IMPOSSIBLE. — *Impossibilité physique ou naturelle.* — Lorsque les contractants ajoutent à leurs conventions des conditions qui sont impossibles d'après les lois de la nature, de deux choses l'une, ou ils ne sont pas sains d'esprit, et alors l'acte tout entier est inexistant faute de consentement (art. 1108), ou bien ils ont voulu plaisanter et non pas contracter.

La condition, il est vrai, est un élément accidentel des contrats, et non un de leurs éléments constitutifs. Ceux-ci doivent se rencontrer dans toutes les conventions, à peine de nullité ou même d'inexistence, tandis que les modalités très souvent ne s'y rencontrent pas.

Mais toutes les fois que nous avons une condition qui affecte une convention, il n'est pas juridique de séparer le sort de la condition du sort de la convention, parce que la volonté une et indivisible du contractant se manifeste sur le tout, sinon on ferait une fausse interprétation de la volonté du contractant. En ce sens on peut dire que, la condition une fois apposée, s'incorpore à l'acte pour en devenir un élément constitutif.

Et cela doit être décidé tant pour la condition suspensive que pour la condition résolutoire.

Il est vrai que les art. 1172 et 1173 ne prévoient pas, au moins d'une manière expresse, la condition résolutoire. La raison en est que les rédacteurs du Code ont copié Pothier maladroitement et n'ont reproduit que la partie de son traité où il parlait de la condition suspensive. Mais il n'y a pas de difficulté à faire les applications de ces articles à la condition résolutoire. Du reste, tous les auteurs sont d'accord là dessus (Demolombe, XXV, n° 311 ; Colmet de Santerre, V, 93 bis, II).

Il n'y a pas de motif de décider différemment du moment que dans un cas comme dans l'autre nous n'avons qu'à faire la même interprétation de volonté.

Impossibilité juridique. — La solution est la même : la convention sous condition juridiquement impossible doit être annulée, mais le motif en diffère : c'est la loi positive qui met obstacle à l'accomplissement de la condition : elle ne permet pas qu'on se marie à l'âge de douze ans, qu'on émancipe un enfant qui n'a que dix ans.

Condition positive. — La condition qui contient une impossibilité naturelle ou juridique doit être *positive* pour annuler le contrat.

Condition négative. — Si elle est *négative*, comme par exemple, si vous ne touchez pas le ciel du doigt, si vous n'émancipez pas votre fils à l'âge de dix ans, la convention est valable. La loi l'a dit formellement :

aux termes de l'art. 1173, la condition de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle l'obligation contractée sous cette condition.

Impossibilité absolue. — La condition doit être considérée comme impossible lorsque le fait mis *in conditione* ne peut être accompli par personne.

Impossibilité relative. — Il y a des cas où l'impossibilité quoique relative doit être mise sur la même ligne que la condition absolument impossible et annuler le contrat. Cela a lieu quand il s'agit d'une très grande difficulté pour le promettant. Tout le monde n'est pas millionnaire, artiste non plus. Si on contracte avec un homme qui notoirement ne se trouve pas dans des conditions suffisantes de fortune ou de talent sous la condition : si vous achetez telle terre, coûtant des millions ; si vous exécutez telle œuvre d'art... la convention elle-même sera annulable.

Mais si un promettant veut alléguer l'impossibilité toute spéciale pour lui, toute relative, d'exécuter ce qu'il a promis peut-être imprudemment ou follement, tandis qu'un tout autre aurait pu exécuter, il n'importe, il payera sa témérité et devra des dommages et intérêts, parce que la convention est parfaitement valable.

La possibilité ou l'impossibilité doivent être considérées au moment de la formation du contrat. A ce moment la condition était impossible, plus tard elle devient possible, néanmoins le contrat reste nul parce qu'il n'a pas pu se former. Au moment de la conven-

tion la condition est possible, plus tard son exécution devient impossible, le contrat se forme, la condition doit être considérée comme défaillie.

CONDITIONS CONTRAIRES A LA LOI OU AUX MŒURS.

— Ces clauses, comme les précédentes, annulent le contrat, mais, pour un motif différent. Ici le fait mis *in conditione* peut réellement s'accomplir. Mais ceux qui contractent sous des conditions que la loi ou la morale réprouvent, se montrent rebelles à l'ordre social légalement établi, leur convention elle-même est entachée d'un caractère illégal ou immoral et par conséquent elle est nulle.

Si l'art. 1172 met sur la même ligne au point de vue de leurs effets les conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs, nous voyons cependant que les motifs en sont différents.

Une autre différence est que la condition impossible rend le sort de la convention toujours le même : elle a pour effet d'annuler la convention. En cas de condition illicite cette règle n'est ni aussi absolue ni aussi simple qu'elle le paraît : il y a des cas où, bien que la condition soit contraire à la loi ou aux mœurs, la convention reste valable. Je ferai une triple distinction (Demolombe, XXV, n° 304, *in fine*).

1° La condition illicite a pour objet le fait du stipulant, futur créancier. « Me promettez-vous 100 francs si je commets tel délit? » La convention elle-même est entachée du vice d'immoralité, la somme à laquelle

le promettant s'oblige est un prix donné pour enfreindre la loi positive ou la loi morale, tout est nul.

Quid si la condition illicite qui a pour objet le fait du stipulant, consiste *in non faciendo*? Exemple : « Me promettez-vous cent francs si je ne commets pas tel délit ? » La question est controversée.

Sur l'effet de la condition sous la forme négative la loi ne s'explique que pour le cas de la condition impossible; « la condition, dit l'art. 1173, de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle l'obligation contractée sous cette condition. » Que faut-il décider dans le cas d'une condition illicite sous la forme négative? Dans Pothier nous trouvons ce cas aussi bien que le contenu de l'art. 1173, mais les rédacteurs du Code civil n'ont rien dit sur la condition illicite négative, d'où la controverse. Les uns veulent s'en tenir à l'article 1173 parce que la loi ne parle que de ce cas. Pour la condition illicite négative ils s'en remettent à la sagesse des juges. Et cela peut être soutenu même en suivant Pothier. Il dit : « La condition de ne pas faire une chose contraire aux mœurs ou aux lois *peut* rendre l'acte nul. »

Voici la distinction que font les partisans de cette opinion : « Il convient, disent-ils, à cet égard, de distinguer entre les conditions véritablement immorales ou illicites, en ce qu'elles tendent à encourager l'immoralité ou la désobéissance à la loi, et celles qui, ayant au contraire pour objet d'assurer le respect de la loi ou

des bonnes mœurs, ne présentent rien de répréhensible. Les premières seules rendent nuls les actes auxquels elles ont été ajoutées; les secondes ne portent aucune atteinte à la validité des obligations qui s'y trouvent soumises, et opèrent à l'instar de toute autre condition valable» (Aubry et Rau, *Droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, 4^e édition, t. IV, p. 65).

Il faut donc examiner en fait, d'après le but que les parties se sont proposé, si la condition est ou n'est pas en effet, immorale ou illicite; si l'on reconnaissait que, en contractant l'obligation, le promettant s'est proposé de détourner le stipulant d'un acte illicite ou de l'engager à faire une bonne action, la convention est valable (Demolombe, XXV, p. 300).

C'est la théorie des Romains (Bufnoir, *op. cit.*, p. 34, L. 123 Dig., XLV, 1. LL. 9 et 27, pr. XXVIII, 7; L. 7, § 3, II, 14, etc.) que nous avons déjà exposée à sa place, mais pour notre temps cette distinction ne me paraît plus admissible.

C'est une vieille et mauvaise morale, que celle d'habituer les hommes par des récompenses pécuniaires à faire le bien. La morale agit sur les hommes pour leur inspirer le sentiment du devoir, pour purifier leurs mœurs, pour leur apprendre qu'ils doivent faire le bien pour une considération plus élevée que l'intérêt pécuniaire, que le vil prix ou le mesquin avantage résultant d'un contrat, l'homme doit faire le bien sans qu'il soit intéressé par la cupidité, mais pour la paix

de sa conscience et pour éviter la sanction de la loi morale qui le punira infailliblement dans la société où il vit.

J'en suivrai donc sans hésiter l'avis de M. Laurent et de M. Larombière. Voici comment s'exprime le premier : « C'est une mauvaise morale que celle qui engage à remplir ses devoirs par l'appât d'une somme d'argent; la morale ne doit jamais ressembler à un trafic; ceux qui ne remplissent leurs devoirs que par l'espoir d'une récompense sont des mercenaires. Il ne faut donc pas habituer les hommes à spéculer sur l'accomplissement de leurs devoirs. La vraie moralité exige que l'on s'abstienne du mal, parce que c'est le mal, comme on doit faire le bien parce que c'est le bien. Tel est l'idéal, et il appartient au législateur d'élever la moralité des hommes : il doit bien se garder de l'abaisser » (XVII, n° 48).

M. Larombière s'exprime dans le même sens : «... S'il était permis, dit-il, de stipuler, par des conventions privées, la non violation des règles qui garantissent les bonnes mœurs, l'ordre public, les plus précieux intérêts sociaux, ce serait chercher, au-dessous de la loi et dans la force d'un contrat, ce qu'une puissance suprême a déjà consacré... Le législateur a voulu épargner à la société le scandale de débats qui, étant soulevés en vue de vérifier l'accomplissement de la condition, aboutirait toujours à des enquêtes sur les actes de toute une vie privée, à des accusations qu'au-

cune prescription ne saurait repousser, et souvent à des calomnies, qui s'autoriseraient du droit sacré de la défense... Je ne puis donc apposer ces conditions à un contrat, *si vous êtes ou si vous n'êtes pas adultère...* Je ne puis, en un mot, vous inviter ou vous obliger à ne point enfreindre, pas plus qu'à enfreindre les principes de morale, d'ordre et d'intérêt public. Stipuler qu'elles ne seront pas violées, c'est déjà les violer » (t. I, art. 1172, n° 9. *Contra*, Demolombe, XXV, n° 306 ; Colmèt de Santerre, V, n° 93 *bis*, 1).

2° La condition illicite a pour objet le fait du promettant, futur débiteur : « Si je commets tel acte contraire à la loi ou aux bonnes mœurs, je vous promets cent. »

Les auteurs sont conséquents avec eux-mêmes : la question ici a le même aspect, est analogue à celle que nous avons examinée plus haut ; elle doit avoir la même solution.

Les auteurs qui donnent effet à la convention dans des pareils cas, partent du principe très clairement posé par mon excellent maître M. Bufnoir, dans son ouvrage sur la *Théorie de la condition* (page 34).

« La condition est illicite ou immorale, dit mon savant professeur, quand elle imprime à l'acte où elle intervient, un caractère tel que l'opération, dans son ensemble, soit réprouvée par les règles de la loi morale ou de la loi civile ; ce n'est pas à la nature du fait, dont l'accomplissement ou le non accomplissement forme

l'objet de la condition, qu'il faut s'attacher pour savoir si celle-ci est contraire aux lois ou aux mœurs ; c'est au but poursuivi par la partie qui a imposé la condition (page 34).

Le grand jurisconsulte français, M. Demolombe, invoque encore les traditions juridiques : Papinien prenant l'exemple d'une obligation contractée par le promettant sous cette condition : *si je suis adultère*, répond que l'obligation est valable.

Enfin le même auteur se sert d'un motif de texte en soutenant que la loi elle-même établit des conditions de ce genre ; c'est ainsi qu'elle dispose que la donation entre-vifs sera révocable si le donataire commet un acte d'ingratitude envers le donateur (art. 953).

Cette dernière objection ne me paraît pas décisive. Le droit romain connaissait la révocation de la donation pour cause d'ingratitude. Elle a été introduite d'abord pour les donations de patron à affranchi ; ces donations étaient toujours révocables, par la suite on décida qu'elle ne le seraient que pour ingratitude ou survenance d'enfants. Justinien généralisa. L'art. 953 n'est que la reproduction des règles antérieurement admises (Frag. Vat., § 172 ; L. 1 et 10, *De revoc. don.*, VIII, 155, Code. M. Bufnoir à son cours sur l'art. 953). Quant aux traditions juridiques, nous répondons avec M. Laurent que l'autorité de Papinien ne doit plus être opposable aujourd'hui. Ce jurisconsulte stoïcien, quelque éminent que fût son

sens moral, n'avait pas la délicatesse de conscience qu'une religion spiritualiste et une civilisation progressive ont développée chez les peuples chrétiens. Quand il s'agit de bonnes mœurs, ce n'est pas chez les anciens que nous devons chercher nos autorités ; il faut nous inspirer des sentiments de l'humanité moderne (Laurent, XVII, n° 49, *Contra*, Colmet de Santerre, *loc. cit.*).

3° La condition illicite a pour objet le fait d'un tiers.

« J'achète votre maison, si le navire que j'attends d'Asie n'est pas capturé par des pirates. »

Sur ce cas, tout le monde est d'accord. Il ne s'agit pas ici d'une condition immorale imposée à quelqu'un, mais d'un véritable événement futur et incertain ; l'art. 1172 n'est pas applicable ; la convention est parfaitement valable. Ce n'est là autre chose, en droit, qu'un contrat d'assurance contre le préjudice qui pourra résulter pour la partie qui sera la victime du méfait commis par le tiers, c'est-à-dire un contrat parfaitement licite et valable (Demolombe, XXV, n° 307).

Parfois, en pratique, les questions se présentent avec quelques complications, de sorte qu'il est difficile de voir s'il y a un contrat à titre onéreux ou une libéralité. Il faut donc voir si l'acte fait sous une condition impossible, contraire à la loi ou aux mœurs, est une convention à titre onéreux, tombant sous le coup de l'art. 1172, qui annule l'acte même, ou bien s'il n'y a pas là une libéralité que nous devons maintenir, en effaçant seulement la condition conformément à

l'art. 900. Dans tous ces cas qui peuvent se présenter en pratique, nous avons plutôt une question de fait, laissée à l'appréciation du juge, qu'une règle de droit qu'on puisse établir *a priori*. Exemple : Une mère qui se démet de la tutelle de sa fille et qui rend compte à un nouveau tuteur constitue une dot à cette fille sous la condition qu'elle ratifiera le compte irrégulier de tutelle. Avons-nous ici une libéralité (la dot) faite sous une condition contraire à la loi (ratifier un compte irrégulier de tutelle), de sorte que la constitution de dot reste valable et la condition seule soit effacée, ou bien avons-nous un contrat à titre onéreux ? Il a été jugé par la Cour de Pau que l'acte était un de ces contrats commutatifs innomés participant du contrat de bienfaisance et du contrat à titre onéreux où l'une des parties en retour de l'avantage qu'elle procure, s'assure un avantage réciproque et où l'autre partie en retour du bienfait qu'elle reçoit, promet un fait personnel. La Cour suprême a admis cette vue (Pau, 3 mars 1869 ; Cassation, arrêt de rejet, 21 décembre 1869 ; Laurent, XVII, n° 50).

Des questions innombrables peuvent se présenter sur l'art. 1172. Mais toutes ces questions se posent plus fréquemment et plus pratiquement dans la matière des donations et des legs. En commençant immédiatement à traiter cette matière, nous allons voir spécialement la plupart des cas importants qui se sont déjà présentés devant les tribunaux.

On peut transporter facilement toutes ces hypothèses dans la matière des contrats et se demander quels sont les effets des conditions qui nous occupent dans les diverses conventions.

Quant aux principes déjà posés sur les différentes espèces de conditions, nous nous dispenserons de les mentionner de nouveau.

DISPOSITIONS ENTRE-VIFS OU TESTAMENTAIRES

Aux termes de l'art. 900 du Code civil : « Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. » Cette importante disposition de loi, difficile d'ailleurs à justifier place sous l'empire de la même règle, les deux sortes de libéralités que le Code connaît : la donation entre-vifs et les legs. Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre de ces deux sortes de libéralités, si elles sont accompagnées de conditions impossibles ou illicites, elles restent valables, les conditions sont réputées non écrites.

Comment justifier cette disposition considérable de la loi ?

Dans les travaux préparatoires du Code civil on ne trouve rien de concluant à cet égard.

Quelque chose de plus : il en est résulté, dit Toullier, non pas une antinomie, mais une disparate choquante entre les art. 900 et 1172 ; et M. Maleville observe avec

beaucoup de raison, que l'art. 900 est du nombre de ceux qui doivent éprouver une réforme dans la revision du Code.

Pourquoi donc un legs fait sous une condition impossible ou illicite serait-il valable?

Pourquoi la donation est-elle assimilée aux legs au point de vue des effets des conditions impossibles et illicites ?

Si pour un moment nous faisons absolument abstraction d'une époque lointaine, dans laquelle l'historien trouve une société dont les lois et les mœurs étaient bien différentes de nos lois et surtout de nos mœurs;

Si d'un autre côté, nous essayons de faire abstraction d'une époque exceptionnelle dans l'histoire de France, époque de convulsions politiques, pendant lesquelles la volonté du pays légalement et légitimement manifestée, veut abandonner le passé et en craint le retour ; époque de reconstitution sociale où les lois ne procèdent pas toujours de la raison juridique, du droit rationnel, mais s'inspirent de la raison d'Etat ;

Si, dis-je, nous faisons abstraction de ces époques et de ces circonstances qui nous sont étrangères, rationnellement que pourrions-nous dire pour justifier la décision de la loi ?

Nous répondrons plus tard à cette question. Nous verrons les appréciations de ceux qui, contemporains aux rédacteurs du Code, ont subi la première impression de la décision prise par le législateur.

Immédiatement après la confection des Codes, la France est illustrée par des jurisconsultes célèbres qui commentent cette grande loi : Merlin, Toullier, Duranton, qui, aujourd'hui comme il y a 50 ou 60 ans comptent encore parmi les jurisconsultes les plus distingués. Nous verrons ce qu'ils disent sur notre question. Il est toujours bon de tenir compte du jugement de ceux qui subissent la première impression d'un grand événement, c'est très significatif ; ils ont vécu dans la même société, ils ont connu ses besoins, leurs interprétations sont les plus naturelles, instinctives même, elles ne sont pas faussées par les subtilités ingénieuses et hardies que le temps produit en donnant naissance à des esprits remarquables qui s'évertuent à donner à tout prix à la loi une explication, explication plutôt idéale que conforme à la volonté du législateur.

Si nous ouvrons les volumineux et remarquables ouvrages des jurisconsultes cités, nous verrons que tous critiquent la disposition de la loi ; tous la considèrent comme surannée, et ils n'aperçoivent aucun motif plausible de la justifier.

Notre tâche, par conséquent, n'est pas bien difficile. Ce que nous voulons justement démontrer dans ce travail, c'est que des quatre époques dans lesquelles nous avons envisagé la théorie des conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs dans les divers actes juridiques, en droit romain tout est justifiable, vu leurs mœurs ; dans l'ancien droit français, les effets

des conditions qui nous occupent ne se justifient pas en ce qui concerne les actes de dernière volonté ; dans le droit intermédiaire, tout est justifiable et logique ; dans le Code civil rien n'est juridique, rien n'est conforme ni à la raison juridique, ni aux mœurs, ni aux circonstances dans lesquelles nous vivons. La solution de la loi en notre matière est donc une rétrogradation vis-à-vis de la loi du progrès qui perfectionne toutes les institutions humaines.

La matière que je me propose de traiter et la démonstration que je veux faire ne me paraissent pas difficiles, mais le sujet est complexe ; dans un intérêt de méthode, je dois avant tout esquisser un programme. Il y a des questions préliminaires à éclaircir, telles sont les combinaisons de l'art. 900 avec l'art. 901 du Code civil, et la combinaison de l'art. 900 avec les art. 1131 et 1132 (*Théorie de la cause*).

Nous aurons à voir ensuite les opinions nombreuses des jurisconsultes qui ont voulu expliquer l'art. 900 au moins en partie, et en même temps que la doctrine nous examinerons la jurisprudence.

Enfin nous verrons les opinions des jurisconsultes contemporains aux rédacteurs qui critiquent la loi, et nous conclurons par un *desideratum* législatif.

COMBINAISON DES ART. 900 ET 901

Quand on parle des dispositions qu'on peut faire par des donations entre-vifs ou par testament, on sup-

pose que le donateur ou le testateur est *capable*. L'insanité d'esprit rend impossible toute disposition. Aux termes de l'art. 901 du Code civil, pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit.

Voilà encore une disposition de loi qui soulève bien des controverses. Pour faire un acte juridique quelconque, il faut être sain d'esprit; pourquoi, pour les donations et testaments, une disposition spéciale? Cet article est-il superflu, ou bien a-t-il une utilité spéciale pour les actes à titre gratuit?

Je ne suivrai pas toutes les distinctions qu'on a faites sur l'art. 901. J'exposerai l'opinion qui me paraît la plus admissible et surtout en tant que la question se lie avec mon sujet.

Je crois que l'art. 901 a un sens utile dans la loi; le législateur a ajouté ici à la capacité de droit commun.

Aux termes de l'art. 504, après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence, qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès; à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué.

En droit commun donc, si une personne a fait un acte sous le coup d'une aliénation mentale, tant qu'elle vivra, elle pourra attaquer l'acte; une fois décédée, l'acte reste inattaquable de la part des intéressés, à

moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même, ou à moins qu'il ne s'agisse d'un interdit ou d'une interdiction provoquée, ou d'une personne munie d'un conseil judiciaire ou placée dans une maison d'aliénés (C. civ., art. 504; loi du 30 juin 1838, art. 39).

L'art. 901 ajoute quelque chose au droit commun; il déroge à l'art. 504. En effet, nous croyons qu'un intéressé pourra attaquer la donation ou le testament, pour cause d'aliénation mentale, après la mort de la personne qui a fait l'acte.

Comment justifier cette différence entre les actes à titre onéreux et les libéralités? Pour les premiers l'article 504 n'est pas dangereux; mais pour un acte à titre gratuit qui dépouille la famille, la disposition de la loi serait inique.

La meilleure preuve, décisive même, que l'esprit de la loi est dans le sens que nous l'interprétons, nous est fournie par les travaux préparatoires du Code civil.

Voici la rédaction de l'art. 6 du projet (art. 901 actuel) que nous trouvons dans Fenet, XII, p. 294 : « Pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit. »

« Ces actes ne pourront être attaqués pour cause de démence que dans le cas et de la manière prescrite par l'art. 17 du titre *de la majorité et de l'interdiction* » (art. 504 actuel).

Après discussion entre le consul Cambacérès, Tron-

chet, Muraire, Emmery, le dernier dit que l'art. 17 (art. 504, C. civ.) ne concerne ni les donations ni les testaments.

La première partie de l'article est adoptée (art. 901 d'aujourd'hui), la seconde ajournée jusqu'à un nouvel examen de l'art. 17 du titre *de l'interdiction*.

Enfin, dans la rédaction définitive de l'art. 901 actuel nous ne trouvons plus la disposition finale de l'article 6 du projet, d'où il résulte que « l'art. 504 du Code civil ne concerne ni les donations ni les testaments. »

Voyons maintenant, comment l'art. 901 se lie avec l'art. 900. Je suppose une donation entre-vifs ou un legs faits sous une condition bizarre ou ridicule, contraire à la loi ou aux mœurs, mais qui n'implique pas par elle-même l'aliénation mentale du disposant décédé. D'après les art. 900 et 504 combinés, la condition sera réputée non écrite et la disposition sera valable. Si nous faisons intervenir dans la question l'art. 901 avec l'interprétation que nous lui avons donnée, les héritiers auront le droit d'attaquer la libéralité à charge de démontrer la folie du disposant, pour faire tomber l'acte gratuit lui-même (M. Bufnoir à son cours se prononce en ce sens).

LA THÉORIE DE LA CAUSE

Combinaison de l'art. 900 avec les art. 1108, 1131 et 1172. — Il suffit de savoir au juste en quoi consiste

la cause de la libéralité et en quoi *la condition*, pour se rendre compte de l'intérêt énorme que nous avons à distinguer l'une de l'autre.

La cause est l'un des éléments constitutifs de l'acte, il n'y a pas d'acte juridique sans cause, si elle n'existe pas, ou si elle est fausse ou illicite, l'acte même n'a pas d'existence, fût-il un acte à titre gratuit.

S'il s'agit d'une condition impossible ou illicite affectant les actes prévus par l'art. 900, on fera abstraction de la condition et la disposition restera valable.

Qu'est-ce donc que la cause en matière de donation et de testament ?

Quant aux donations, comme ce sont des contrats, nous appliquerons toutes les règles des contrats, excepté dans le cas où la loi en aurait autrement disposé.

Aux termes de l'art. 1108, quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement des parties, leur capacité, un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation.

Dans une donation, nous devons avoir toujours les trois premières conditions essentielles de validité, cela d'après tout le monde. Quant à la cause, il y a des auteurs qui soutiennent qu'elle n'est pas un élément essentiel, constitutif de la donation, et que par conséquent il n'y a pas à rechercher dans cet acte de libéralité un motif juridique déterminant dont l'impossibilité, l'illégalité ou l'immoralité puisse l'annuler comme les con-

ventions à titre onéreux (art. 1131 et 1133). La cause dans une donation réside dans l'*animus donandi*. « Il est évident, dit-on, que les art. 1131 et 1133 sont en général inapplicables, non seulement aux dispositions testamentaires, mais même aux donations entre-vifs, puisque la cause, pour des pareils actes, consiste uniquement dans la libre détermination du disposant d'exercer en faveur de l'autre partie une libéralité. En étendant ces articles aux dispositions à titre gratuit, ajoute-t-on, les auteurs confondent la cause des contrats avec les motifs qui, de fait, peuvent avoir porté les parties à les former » (Aubry et Rau, VII, § 649, note 11).

La cause d'une donation, en effet, est dans l'*animus donandi*, c'est-à-dire dans la volonté de faire un bienfait, mais cette volonté, ici aussi comme dans les contrats à titre onéreux, doit être déterminée par un motif juridique. Eh bien, ce motif juridique qui détermine une personne à faire une libéralité, c'est *la cause* de la donation.

Je prendrai un exemple dans lequel la cause ressortira à peu près clairement comme dans un contrat à titre onéreux ; supposons une donation rémunératoire, la cause ici n'est pas dans l'*animus donandi*, mais dans le désir de récompenser un service rendu ; si ce motif juridique est imaginaire, il n'y a pas de cause, il n'y a pas de donation ; exemple : une libéralité faite par une donation, mais le service rendu au donateur, le

service qui a provoqué sa libéralité a été rémunéré par d'autres moyens, la donation rémunératoire est nulle car elle n'a pas de cause. Ou bien, supposons que le disposant faisant la libéralité indique comme motif juridique un service que l'on vérifie n'avoir jamais été rendu, nous avons là une *fausse cause*, il n'y a pas de libéralité. De même, si on indique comme motif juridique un service consistant en un fait immoral. Les donations doivent donc avoir une cause licite.

Si maintenant nous prenons un exemple non pas d'une donation rémunératoire, mais d'une pure libéralité, provoquée en apparence par un sentiment de bienveillance ou d'affection, mais que le disposant subordonne à l'accomplissement d'une condition illicite qui déguise une cause illicite, nous croyons qu'on ne peut se contenter d'effacer la condition en maintenant la libéralité, autrement le but du législateur ne serait pas atteint, il faut rechercher si en réalité il n'y a pas un fait illicite ou immoral dont la donation est le prix. S'il en était ainsi le fait immoral serait la cause du contrat et en entraînerait l'annulation.

Dans tous ces cas nous avons l'application des articles 1108, 1131 et 1132 aux donations.

Quant aux testaments, la question est beaucoup plus difficile, il n'y a pas de texte que nous puissions invoquer, les articles cités appartiennent à la matière des conventions, ici nous nous trouvons dans la matière des actes de dernière volonté.

Cependant, les principes déjà établis nous facilitent énormément la solution du problème : tout acte de libéralité émane de la volonté de celui qui le fait, et toute volonté doit avoir une cause déterminante qui pousse l'homme à agir.

Il faut donc rechercher dans les actes de dernière volonté même, un motif juridique qui provoque la libéralité et toutes les fois que nous trouverons là une cause illicite, nous devons annuler l'acte.

Faire un legs c'est faire un acte de volonté, si la volonté a été déterminée par une fausse cause, il n'y a pas de volonté. Un legs, c'est un bienfait, et l'esprit de bienfaisance est incompatible avec la volonté de provoquer ou de rémunérer un acte contraire à la loi ou aux mœurs.

M. Laurent ajoute encore deux motifs qui fortifient notre opinion : *a*). il y a une raison de plus pour exiger que le testateur soit animé de sentiments louables : c'est que tout legs est une dérogation à l'ordre des successions que la loi a établi ; *b*). le légataire aussi doit accepter, si la cause est illicite le légataire s'approprierait le vice en acceptant le legs, en ce sens il n'y a pas de différence entre la position du légataire et celle du donataire (t. IX, n° 507).

Il faut donc appliquer la théorie de la cause aux donations et aux testaments.

Mais la difficulté n'a pas cessé, au contraire elle commence.

La cause fausse, contraire à la loi ou aux mœurs annule l'acte même, l'art. 900 n'est pas applicable.

La condition illicite ou immorale est réputée non écrite, la disposition est valable, c'est le domaine de l'art. 900.

Mais dans quels cas le fait illicite sera-t-il la cause, dans quels cas, la condition? Comment distinguera-t-on la condition de la cause?

Théoriquement la distinction existe, elle est écrite dans la loi : les art. 1172 et 900 parlent de la condition, les art. 1131 et 1133 prévoient la cause.

Sur la question théorique, la Cour de cassation par l'arrêt du 31 juillet 1860, énonce le principe que nous avons établi, comme certain et incontestable. Et cela depuis lors est répété dans plusieurs arrêts. Voici la formule qu'on trouve dans ces arrêts : « En droit, les dispositions à titre gratuit sont nulles, lorsqu'elles reposent sur une cause illicite. »

Mais en pratique la distinction de la cause et de la condition, est une question de fait des plus difficiles. C'est la Cour de cassation elle-même qui dit dans son arrêt du 7 juillet 1868 qu'il appartient au juge du fait de décider s'il y a condition illicite réputée non écrite, ou cause illicite rendant la libéralité radicalement nulle.

DIVERSES EXPLICATIONS DE L'ART. 900

Il ne m'est pas possible de rapporter ici toutes les explications qu'on a données de l'art. 900 du Code civil.

J'aurai déjà beaucoup à faire en réfutant les principales.

Cette matière admet beaucoup de distinctions: avant la Révolution on essayait de justifier le sort d'une condition impossible ou illicite mise dans une disposition testamentaire, pour les donations il n'y avait pas de question, elles étaient régies par le droit le plus rationnel.

Pendant la Révolution les donations au point de vue de l'effet des conditions impossibles ou illicites furent assimilées aux legs, mais à cette époque, comme nous l'avons dit en parlant de la loi des 5-12 septembre 1791, il n'était pas question de la condition naturellement impossible, parce que sur ce point le législateur n'avait aucun danger à prévenir. Aussi la loi de 1791 s'occupait seulement de certains cas, elle était, on peut le dire, limitative, et la preuve c'est qu'une loi postérieure déclare expressément que la condition de ne pas se marier serait également illicite.

L'art. 900 est plus complet, il est très général, il prévoit l'effet de toutes les conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs dans toutes les dispositions à titre gratuit : tant entre-vifs : donation, constitution de dot... que à cause de mort : legs universels, à titre universel ou particuliers.

Comment expliquer l'art. 900 ? Il faut une explication pour les legs, il en faut une autre pour l'assimilation des donations aux legs.

Ce qui est bien certain c'est que les auteurs sont unanimes pour constater les difficultés d'interprétation que présente l'art. 900.

Les uns pourtant, plus indulgents, ne veulent pas conclure à sa radiation du Code.

C'est ici le moment de revenir sur les explications données sur la valeur des legs sous conditions impossibles ou illicites, dans l'ancien droit, et de discuter les motifs invoqués pour soutenir la jurisprudence qui s'est formée à cette époque.

Quant aux legs. Première explication. — Donneau et Ricard soutiennent qu'il faut se conformer à la volonté du testateur, il faut interpréter sa volonté, quand on a fait une institution d'héritier sous condition impossible ou illicite, on a voulu avant tout avoir un héritier, s'il ne voulait pas il ne l'aurait pas institué. Comment faire pour maintenir l'institution ? Il faut effacer la condition, c'est ce que le testateur lui-même a voulu.

Notons que c'est l'argument qui aujourd'hui encore est reproduit par tous les auteurs qui soutiennent que la disposition de l'art. 900 doit être maintenue au moins pour les legs.

Et certes, c'est ce qu'on peut dire de mieux en faveur de cette disposition de loi.

Quelle est donc la valeur de ce motif ?

Quant à nous, il nous paraît dépourvu de toute force. Si on interprète ainsi les dispositions de dernière vo-

lonté conditionnelles, pourquoi n'interpréterait-on pas de la même manière la volonté des parties qui font des actes à titre onéreux ?

Deuxième explication. — Vinnius disait que le légataire n'a pas concouru à l'acte, il y est étranger, il ne doit pas être victime de cette *erreur* que le testateur a commise en accompagnant la disposition d'une condition impossible. *Une présomption d'erreur* de la part du disposant, voilà l'explication.

Le testateur en présence de la mort, ne peut pas être présumé avoir voulu faire un badinage ; et, s'il a inséré dans son testament une condition impossible, naturellement ou légalement, c'est une *erreur*, sans doute, *mendum*, qu'il a commise, et dont il ne pouvait être averti par personne, puisqu'il dispose seul (c'est la raison qu'a donnée M. Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs (Demolombe, XVIII, p. 228-229).

Si on veut s'en tenir à cela il faut annuler la disposition même, toutes les fois qu'il sera démontré que le disposant n'a pas commis d'erreur. D'où il résulte une distinction dans l'art. 900 que la loi n'a pas faite.

Troisième explication. — Quand il s'agit surtout des conditions contraires à la loi ou aux mœurs, elles doivent être réputées non écrites, dit-on, parce que le législateur doit punir la témérité de ceux qui se rebellent contre la loi ou contre les bonnes mœurs. C'est l'idée d'une peine prononcée contre le disposant.

Étrange explication !

Nous sommes parti de l'idée qu'on doit interpréter la volonté du disposant, comme lui-même l'aurait interprétée, s'il était possible de lui demander son avis (première explication); et nous sommes arrivé à l'explication qui fait abstraction tout à fait de la volonté du disposant pour le punir.

C'est bien le cas de s'écrier avec Gaius : « *Plus enim tribui a prætore ei qui fideicommissum petit, quam testator voluisset absurdum est !* (L. 63, § 6, *ad senatusc. Trebell.*). »

Il ne nous paraît pas sérieux de maintenir un acte et surtout un acte de libéralité, contre la volonté même du disposant.

On a donné encore bien d'autres explications de l'art. 900, mais je dois me borner.

Nous avons donné jusqu'à présent les différentes explications de l'art. 900, en ce qui concerne les legs.

Pour les donations, les explications sont beaucoup plus difficiles; c'est pourquoi on s'est ingénié à donner les mêmes et aussi à en trouver d'autres, propres aux donations.

Prenons les mêmes explications pour les appliquer aux donations.

Quant aux donations. — Première explication. — Interprétation de la volonté du donateur.

Dans une donation les parties, dans la plupart des cas, sont présentes, *elles contractent*; l'une le donateur, propose les conditions dans lesquelles il entend faire

l'acte, et l'autre le donataire les accepte. Il y a plus : le notaire est au milieu d'eux pour leur montrer la gravité de l'acte, l'illégalité ou l'immoralité des conditions. L'acte conclu, peut-on dire que le donateur a tenu à faire la libéralité avant tout, que s'il avait su que la condition était illicite il ne l'aurait pas apposée ? Quelques auteurs l'ont dit, et voici leur langage : On s'avisera rarement d'imposer une condition véritablement impossible ou véritablement illicite ; la loi porte presque uniquement sur des conditions que l'on croyait possibles et qui ne le sont pas, ou dont l'illégalité n'était pas évidente ; ces erreurs, en effet, pourraient être jusqu'à un certain point considérées comme non avenues dans des actes où la condition n'est pas la chose essentielle et où domine toujours le sentiment de la libéralité (Bayle-Mouillard sur Grenier t. I, p. 686, note A, *apud* Demolombe, t. XVIII, p. 234).

Si le donateur avait su que la condition n'était pas permise par la loi, il ne l'aurait pas mise, parce que sa volonté principale c'est de faire la libéralité ; si nous annulons la donation même, nous prononçons une sentence trop dure vu l'intention du donateur, une sentence contre sa volonté même, volonté que nous interprétons.

Quant à moi, je ne le vois pas.

La donation étant un contrat, nous devons dans ce système arriver à la conclusion que dans les contrats la condition présente plusieurs caractères : s'agit-il

d'un contrat onéreux ? Alors si on ajoute à l'acte une condition impossible ou immorale c'est un jeu, on n'a pas eu la volonté sérieuse de contracter, tout est nul. S'agit-il d'une donation ? Alors l'acte est sérieux fût-il sous condition impossible ou immorale ! Où trouve-t-on cette différence ?

On ne se tient pas pour battu par cette objection, on trouve toujours une réponse, la voici :

Si les contrats à titre onéreux sont nuls lorsqu'ils sont faits sous des conditions impossibles, contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, c'est que, dans ces contrats, aucune des parties n'étant dominée par l'autre, chacune d'elles est coupable, l'une d'avoir proposé, l'autre d'avoir accepté des conditions de cette nature ; or, il n'en est pas de même dans une donation. Qu'on dise qu'*en droit* ce contrat est l'œuvre des deux parties, rien ne sera plus vrai ; mais *en fait* la donation est l'œuvre du donateur *seul* : c'est lui évidemment qui en dicte les clauses, les conditions. Le donataire, qui craint que le bénéfice qu'on lui offre ne lui échappe s'il contrarie le donateur, n'a pas, *en réalité*, assez d'indépendance pour critiquer et repousser les conditions auxquelles la libéralité qui lui est offerte est subordonnée : il ne participe pas plus à la donation qu'un légataire ne participe au testament. C'est donc aux testaments et non aux contrats à titre onéreux, qu'elle devait, sous ce rapport, être assimilée (Mourlon, *Ré-*

pétitions écrites, t. II, n° 529, et les auteurs cités : Bugnet, Demolombe).

Étrange témoignage ! Le donataire sait que la condition est impossible ou illicite, mais il se garde bien de contredire le donateur de peur que le gain ne lui échappe ; dans cette situation délicate il use de réticences, il fait un compromis avec sa conscience : il sait que la condition est immorale, mais comme la loi ne croit pas utile de lui imposer quelque vertu, il accepte la donation et la condition immorale, puis il n'exécute pas la condition, le donateur est joué, le donataire profite. La loi donnerait une prime à la ruse du donataire. Est-ce là une interprétation juridique de l'intention du donataire ? Dans ce système, la volonté du donateur n'est-elle pas viciée par le dol, par la ruse, par la tromperie du donataire ? Non, certes : ce système ne peut être soutenu, il faut nécessairement supposer que le donataire, tout comme le donateur, ne sait pas que la condition est impossible, contraire à la loi ou immorale. Plaçons-nous dans cette hypothèse : supposons que ni l'un ni l'autre ne fussent certains que la condition était impossible ou illicite, ils n'ont rien à se reprocher, le donateur a voulu avant tout faire une libéralité et s'il est possible obtenir l'accomplissement de telle condition ; mais si elle est impossible, illégale ou immorale, effaçons la condition et maintenons la disposition, c'est la volonté du bienfaiteur. Pourquoi annuler l'acte même ?

Nous répondons : on devra annuler l'acte pour deux motifs.

a. Si on n'est pas sûr de la légalité de l'acte on est en faute, personne n'est censé ignorer la loi.

b. Pourquoi annuler l'acte ? Pour rentrer dans le droit commun, dans l'esprit général de la loi. Si le législateur avait traité les donations avec quelque faveur, on aurait pu dire que nous avons dans notre question un cas d'application de la faveur exceptionnelle accordée aux donations, mais le Code, dans toutes ses dispositions autres que l'art. 900 est sévère pour les donations : elles doivent être faites avec des formalités solennelles, sous peine de nullité, ne peuvent avoir pour objet que des biens présents, etc.

Il n'y a donc pas de motif pour interpréter la volonté du donateur autrement que celle d'un autre contractant.

Si la loi avait assimilé les donations aux autres contrats, quel en aurait été le résultat ? Le langage du donataire aurait été plus moral et légal ; la position du donateur aurait été nette et claire.

Ils ne savaient ni l'un ni l'autre que la condition apposée annule l'acte, ils n'ont qu'à refaire la donation. Si au moment où l'on s'aperçoit de la nullité, l'un ou l'autre est déjà mort, il n'y a pas grand mal, ce n'est qu'une donation de moins. Si le donateur seul savait que la condition annule l'acte, il a voulu badliner ou faire un acte illégal ou immoral. Quant à la consi-

dération que le donataire, comptant sur la libéralité s'est engagé dans des entreprises et que la répétition de la donation peut lui causer un préjudice, on peut l'écarter parce que la mauvaise foi du donateur constitue à sa charge un délit. Si le donataire avait connu le vice juridique de la condition, son langage aurait été plus moral. « Je n'accepte pas la donation, aurait-il dit, avec cette condition, parce que la loi annule l'acte tout entier et que je suis exposé à me voir dépouillé, sinon par vous, du moins par vos héritiers, faites-moi la donation pure et simple ou ne me donnez rien.

Dans le système de la loi, l'art. 900 encourage les donations. Le législateur se met en contradiction avec lui-même, car, en règle générale, il n'encourage pas les donations.

Il me reste à parler d'un danger invoqué par les partisans du système que je combats : si la donation, dit-on, est nulle, le donataire se décidera à exécuter la condition pour échapper à l'action en répétition de la part du donateur. Je réponds :

1° Qui assure qu'il ne sera pas actionné en répétition quand même il aurait exécuté ?

2° Si le donateur ne veut plus lui réclamer la donation, parce qu'il a exécuté la condition, qui garantit au donataire qu'il ne sera pas contraint de restituer la libéralité, par les héritiers du donateur ? Le bénéficiaire donc n'est pas à l'abri, même en exécutant, le danger donc n'est pas considérable.

Les auteurs qui soutiennent l'opinion que nous avons combattue, arrivent eux-mêmes à des déductions qui apportent certaines limitations importantes à l'application de l'art. 900.

Voici, d'après M. Demolombe, quatre de ces limitations. L'art. 900 ne serait pas applicable :

1° Si la condition apposée à la donation entre-vifs ou au testament, était telle que l'on dût considérer que le disposant n'était pas sain d'esprit ;

2° S'il résultait de l'acte et des circonstances du fait que le disposant a voulu, au contraire, subordonner sa libéralité à la condition qu'il y a mise ;

3° Si la prétendue libéralité n'était au fond qu'une convention à titre onéreux ;

4° Enfin, si l'impossibilité de la condition ayant été ignorée du disposant, et connue du gratifié, qui se serait néanmoins obligé à l'accomplir, on trouvait dans ce fait et dans les autres circonstances qui s'y pourraient joindre la preuve que la libéralité est l'œuvre du dol et de la fraude (Demolombe, t. XVIII, n° 205).

Deuxième explication. — La présomption d'erreur de la part du donateur. — Cette explication est beaucoup moins fondée pour les donations que pour les legs.

Les parties sont en présence d'un notaire qui peut les prévenir de leur erreur.

Si l'erreur n'est découverte qu'après que l'acte a été fait on n'a qu'à le refaire ; ce qui arrive en général

pour toutes les donations faites sans les formalités rigoureuses que la loi exige pour leur perfection.

Troisième explication. — L'idée d'une peine prononcée contre le disposant. Non seulement cette opinion aurait le défaut de se prononcer contre la volonté du disposant, pour le punir, mais, comme nous l'avons déjà vu, le donataire, en exécutant, n'est à l'abri d'une poursuite en répétition ni de la part du donateur, ni surtout de la part de ses héritiers et par conséquent il n'est pas beaucoup encouragé à exécuter.

On ajoute que si la condition seule est annulée, le donateur ne pourra plus tenter un autre donataire moins scrupuleux qui exécuterait la condition. Mais il n'est pas difficile de répondre que le cas contraire peut tout aussi bien se présenter : pourquoi ne pas annuler la première donation vis-à-vis d'un donataire moins scrupuleux qui peut exécuter la condition immorale ?

On détournerait plus sûrement de son but le donateur qui peut-être rencontrera à l'avenir un donataire beaucoup plus honnête.

L'art. 900 ne peut donc s'expliquer rationnellement et juridiquement ni pour les legs ni pour les donations.

Pourquoi donc a-t-il trouvé place dans le Code ? Est-ce une simple inadvertance de la part du législateur ? Dans les travaux préparatoires on ne trouve aucune discussion qui puisse nous éclairer, mais la rédaction si formelle et si précise de l'art. 900 et l'état antérieur de la législation nous font décider que le législateur a

voulu la disposition dont nous parlons. Il l'a voulu, parce qu'il l'a trouvé dans la législation de l'époque révolutionnaire, il l'a voulu peut-être, parce que l'époque de la confection du Code n'est pas trop distante du temps de crainte qui a motivé la loi politique des 5-12 septembre 1791 reproduite deux fois dans l'an II, il l'a voulu enfin parce que les rédacteurs étant appelés dans un temps très court à faire un travail considérable, comme la rédaction de tous les Codes, n'ont pas eu le temps de se rendre compte de l'exactitude juridique et rationnelle de chaque question, ils ont dû ainsi rester servilement attachés aux décisions antérieures, comme un serf à la glèbe, d'après l'expression énergique de Toullier.

Nous avons vu comment l'art. 900 est expliqué et approuvé par plusieurs jurisconsultes.

Nombre d'auteurs n'approuvent pas la décision de l'art. 900 en son entier. D'autres, tout en faisant des distinctions, maintiennent la conclusion de la loi pour les dispositions de dernière volonté et ils la repoussent pour les donations.

Voyons maintenant, comme nous l'avons promis, l'opinion de ces grands jurisconsultes qui, immédiatement après la confection du Code ont illustré la France par leurs commentaires. Nous devons tenir grand compte de leurs décisions. Ils sont les contemporains des rédacteurs du Code, ils ont subi la première impression de la décision prise par le législateur; ils con-

naissent en même temps les besoins de leur époque, ils peuvent nous apprendre si quelque motif plausible peut être invoqué en faveur de la décision de la loi.

Mais nous devons nous empresser de mettre en tête l'observation de Maleville lui-même, l'un des rédacteurs du Code. Il observe, avec beaucoup de raison, que l'art. 900 est du nombre de ceux qui doivent éprouver une réforme dans la revision du Code (Toullier, *loc. cit.*).

« Ce n'est pas toutefois, dit Merlin, que nous regardions la disposition de l'art. 900 comme bien raisonnable ; elle nous paraît au contraire être une des taches qui déparent le plus le Code civil.

« Il est étonnant que le Code civil, art. 900, ait non seulement maintenu cette disposition du droit romain, en ce qui concerne les testaments, mais encore qu'il l'ait déclarée commune aux donations entre-vifs.

« Appliquée aux donations entre-vifs, qui sont de véritables contrats, elle forme une antinomie bizarre avec l'art. 1172, qui déclare nul tout contrat auquel est apposée une condition impossible ou immorale. Et appliquée aux testaments, elle n'en est pas plus judicieuse ; car rien de plus futile que les prétextes dont ont cherché à l'étayer les jurisconsultes qui avaient asservi leur propre raison à toutes les subtilités des lois romaines (*Répert. de Jurisprud.*, v° *Condition*, p. 190).

Toullier, contemporain des rédacteurs du Code nous avoue que les motifs politiques de l'époque révolution-

naire n'existent plus, cela nous ôte tout soupçon qu'en 1804 on craignait encore les souvenirs odieux d'un passé rejeté. Quant aux motifs juridiques il est frappé par la faiblesse des raisonnements de ceux qui soutiennent que la condition impossible ou malhonnête doit être réputée non écrite dans les testaments. Le légataire ne peut avoir de droit que par la volonté libre, sérieuse et positive du testateur. Il faut interpréter cette volonté. Or, dans la condition impossible on ne doit voir qu'un jeu ou une absence complète du sens commun ; il n'y a qu'un insensé qui puisse croire à la possibilité d'une pareille condition, il n'est pas sain d'esprit, il faut appliquer l'art. 504, attaquer l'acte pour cause de démence, lorsque la preuve de la démence résulte de l'acte même qui est attaqué. Si le testateur était sain d'esprit et s'il a mis une condition impossible à son legs, il en résulte évidemment qu'il n'a pas voulu donner. — Les jurisconsultes qui admettent le contraire restent servilement attachés aux décisions du droit romain, comme un serf à la glèbe. Plusieurs législateurs voisins ont rejeté ces distinctions entre les dispositions testamentaires et les conventions. Quant aux conditions contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, l'avantage que peut procurer le don ou le legs, peut déterminer le donataire à faire pour les conserver ce qu'il n'aurait pas fait si la condition ne lui en avait pas été imposée. Il y aurait donc toujours gêne dans l'exercice de la liberté quoiqu'il n'y eût pas privation

totale. Enfin cette disposition laisse aux tribunaux une latitude arbitraire. En somme, il en résulte non pas une antinomie, mais une disparate choquante entre les art. 900 et 1172 (Toullier, *op. cit.*, n^{os} 244 à 248).

Enfin, pour arrêter la liste, qui est considérable, des auteurs qui blament la disposition de l'art. 900, j'ajouterai l'opinion de M. Laurent qui est d'autant plus importante, qu'il formule une proposition très admissible sur les dispositions qui concernent l'ordre public. « Si on laisse de côté, dit M. Laurent, les lois politiques pour ne considérer que les dispositions d'intérêt privé, la critique que la plupart des auteurs font de l'art. 900 est parfaitement fondée. Nous entendons parler, non seulement de l'assimilation que la loi fait entre les donations et les testaments, mais de la règle telle qu'elle nous a été transmise par le droit romain. La faculté de tester n'est plus aujourd'hui ce qu'elle était à Rome. Nous ne connaissons plus la majesté du père de famille ; elle s'en est allée avec les autres majestés. Qu'est-ce que le droit de tester dans notre droit moderne ? Domat nous le dit : c'est une exception à la règle.... Dans des cas rares, le testateur corrige ce qu'il y a de relativement inique dans la loi ; il est censé plus sage que le législateur. C'est dire que ses dispositions doivent toujours être dictées par la raison. En est-il ainsi quand il ajoute à sa volonté des conditions impossibles ou illicites ? Le testateur qui impose au légataire des conditions que la nature, la morale ou l'ordre social

réprouvent, se montre-t-il plus sage que le législateur? La loi doit-elle sanctionner des actes qui sont dirigés contre elle, ou qui n'ont pas de sens, selon que la condition est illicite ou impossible? Evidemment des dispositions pareilles ne répondent pas au but dans lequel le législateur permet au propriétaire de disposer de ses biens. C'est dire que l'on n'est pas dans l'exception, partant on rentre dans la règle, il faut laisser là la succession testamentaire pour revenir à la succession *ab intestat*. Scinder la disposition, comme le fait l'art. 900, c'est méconnaître la volonté du disposant, puisqu'on efface une condition d'où il faisait dépendre l'existence même de sa libéralité. La maintenir, c'est déroger à la succession *ab intestat*, contrairement aux prévisions du législateur... Est-ce qu'aujourd'hui nous estimons encore qu'il y a déshonneur à mourir *intestat*? Ce n'est certes pas là l'esprit que nous avons hérité de nos ancêtres qui ne connaissaient pas même le testament et qui rapportaient à Dieu la succession *ab intestat*. Donc il n'y a pas lieu de maintenir malgré le disposant un acte qui viole les lois, les mœurs ou la nature; l'art. 900 n'a plus de raison d'être dans nos mœurs. Il n'est juste que dans les dispositions qui concernent l'ordre public » (*op. cit.*, XI, n° 431).

Après avoir vu les diverses explications que l'on a données de l'art. 900, et les opinions des auteurs qui combattent cette disposition de la loi, j'arrive à me demander si elle est conforme à l'état et aux besoins de

la société dans laquelle nous vivons, puis je verrai quelle est l'économie de la loi tout entière par rapport à la disposition spéciale qui nous occupe ; je formulerai enfin un *desideratum* législatif qui me paraît le plus rationnel et le plus juridique, et qui concilierait les intérêts des particuliers avec les intérêts de la société, conciliation de laquelle dépend toujours toute prospérité nationale.

La disposition de l'art. 900 nous vient partie du droit romain par l'intermédiaire de l'ancien droit français, partie de l'époque intermédiaire. Pourquoi les juriconsultes du xiv^e et du xv^e siècle admirent-ils les solutions du droit romain ? Il serait difficile d'en donner d'autre raison que leur enthousiasme aveugle pour les beautés d'ailleurs très réelles de ce grand monument juridique élevé par les Prudents. Pourquoi le droit intermédiaire élargit-il encore l'application de la règle venue de Rome ? Nous l'avons dit, par des considérations purement politiques.

Nous n'avons plus à notre époque, plus froidement scientifique, cette illusion que les institutions d'un peuple sont bonnes pour un peuple quelconque. Quant au besoin de prévenir le retour d'un passé odieux, il a cessé avec la crainte de ce retour.

Nous devons donc, en dehors de toute considération de tradition — qu'importe l'antiquité d'une règle ? — rechercher les principes les mieux appropriés aux be-

soins de la société nouvelle, et les plus conformes au droit rationnel.

Les aspirations de notre société, la loi elle-même nous les révèle. De son économie il résulte que le législateur dans un nombre considérable de dispositions, encourage la formation des familles et donne à leurs membres un droit réciproque à une large part dans leurs fortunes. Le Code a fait le testament présumé de chacun de nous, et à l'inverse des lois romaines, il traite d'abord des successions *ab intestat* et puis des testamentaires; chez nous, en général, il y a des cas beaucoup plus nombreux de succession sans testament parce que nous sommes habitués à laisser au législateur le soin d'attribuer notre succession comme il le trouve convenable; *succession*, chez nous, veut dire *per excellentiam*, *succession légitime* ou *ab intestat* (Demangeat, *Droit romain*, t. II, p. 2).

Les testaments et les donations, tant s'en faut, ne sont pas proscrits. La loi laisse une large faculté aux particuliers de satisfaire leurs besoins moraux, ou de montrer sympathie, affection, reconnaissance envers leurs semblables par des dons et autres libéralités. Mais en cette matière le législateur s'est montré plus rigoureux en ce qu'il exige des solennités, des formalités précises en dehors desquelles l'acte ne sera pas valable. Aux termes de l'art. 1001, les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis doivent être observées à peine de nullité. La donation aussi

est un acte solennel, sous peine de nullité (art. 931). Elle ne pourra comprendre que les biens présents du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard (art. 943).

Maintenant, étant donné l'état social dans lequel nous vivons et les principes juridiques ci-dessus exposés, si nous avons à nous prononcer en droit rationnel, abstraction faite des dispositions de l'art. 900, sur la question de savoir qu'est-ce que l'on doit décider d'un testament qui comprendrait des conditions impossibles contraires aux lois ou aux mœurs, et d'une donation accompagnée des mêmes conditions, nous devons interpréter ces actes juridiques de façon à rentrer dans le droit commun. Nous ne devons pas nous montrer favorables au maintien d'un legs ou d'une donation parce que cette décision contrarie l'intérêt de la famille du disposant qui est protégée en première ligne par la loi.

Avec notre décision nous éviterions toute contradiction rationnelle ou juridique. Nous arrivons à appliquer les principes de droit rigoureusement ; sans seinder la volonté du disposant et sans donner effet à des actes accompagnés des conditions que la nature, la loi ou les mœurs réprouvent.

Pour formuler mon *desideratum* législatif, je ferai une triple distinction.

S'agit-il d'un intérêt d'ordre public ? Je maintiendrai la disposition et j'annulerai la condition. Exemple : une

libéralité dans l'intérêt de l'instruction publique, du service de la bienfaisance... etc.

S'agit-il d'un intérêt privé ? Une sous-distinction est nécessaire.

Tous les legs ou donations à titre de dot seront maintenus bien qu'ils soient accompagnés d'une condition impossible ou illicite.

Tous les autres actes à titre gratuit, faits entre-vifs ou par testament dans l'intérêt des particuliers en dehors du cas précédent, suivront la règle de l'article 1172.

Jusqu'ici nous avons montré que la disposition de l'art. 900 ne s'explique pas rationnellement et juridiquement, c'est une loi arbitraire pour notre temps, les explications que les jurisconsultes en ont données ne sont pas admissibles, et enfin nous avons proposé un projet d'article.

Tout cela est très bon pour une loi à faire.

Mais que faut-il décider sur l'application de la loi bonne ou mauvaise, rationnelle ou arbitraire, qui existe ?

L'un des principes élémentaires et fondamentaux qui régissent la société, c'est la *légalité*, une loi, fût-elle arbitraire, injustifiable, doit être appliquée jusqu'à son abrogation : *dura lex sed lex* !

Mais l'application de notre article dépend du système par lequel on l'explique. C'est ici la plus grande difficulté dans la pratique. La jurisprudence tout comme

la doctrine erre dans des solutions inconsistantes, chaque espèce dépend des circonstances dans lesquelles un procès se présente ! D'où : incertitudes, hésitations, contradictions. L'interprétation de la loi est abandonnée aux juges du fond, c'est une question de fait, le contrôle de la Cour de cassation est presque nul. Il n'y a même pas à espérer qu'une jurisprudence constante établisse une unité de vues juridiques.

Les paroles de Toullier se sont réalisées : « On peut juger quelle latitude arbitraire cette disposition laisse aux tribunaux. »

LES LIMITES QUE COMPORTE L'APPLICATION DE L'ART. 900

Avant de commencer à traiter spécialement des différents cas d'application de l'art. 900, je résume ici les limites que comporte cette disposition, c'est-à-dire les points qui doivent nous préoccuper préalablement toutes les fois que nous aurons à examiner une espèce donnée, pour voir s'il n'y aurait pas lieu à la non application de l'art. 900.

1° Toutes les fois que nous nous trouvons en présence d'une disposition à titre gratuit, *inter vivos* ou *mortis causa*, accompagnée d'une condition impossible, contraire à la loi ou aux mœurs, nous devons nous demander si le disposant a été sain d'esprit. Dans le cas de l'affirmative, il y a lieu à l'application de l'art. 900; si on décide qu'il a été *compos mentis*, on appliquera l'art. 901 ; la disposition tout entière sera nulle.

2° Nous devons examiner préalablement si dans l'espèce il s'agit d'une *condition* impossible ou illicite, ou bien si la *cause* de la libéralité est illicite. Dans le premier cas il y a lieu à l'application de l'art 900; dans le second, de l'art. 1131.

3° Dans le cas d'une libéralité sous la forme d'un contrat à titre onéreux sous condition impossible ou illicite, il y a préalablement à rechercher en fait si réellement l'acte, comme il se présente, est une convention qui tombe sous le coup de l'art. 1172, ou bien s'il n'y a là une libéralité, pour suivre la règle de l'article 900.

4° Que faut-il décider dans le cas où un disposant déclare nettement et clairement qu'il tient à l'accomplissement de la condition à tout prix et que sans cela il ne veut pas faire la libéralité?

C'est ici la question de savoir si l'art. 900 établit une *présomption*, ou bien une simple *fiction*.

Dans l'opinion de ceux qui expliquent notre article par une interprétation de la volonté du disposant, la libéralité elle-même est nulle. L'art. 900 n'est plus applicable. Les partisans de ce système sont conséquents avec eux-mêmes; mais cette distinction subtile qui repose sur une différence de rédaction de l'acte, me paraît inadmissible. On fait une libéralité sous telle condition, sans rien dire autre chose. On fait une libéralité sous telle condition, en ajoutant que l'on tient à l'accomplissement de la condition, sans quoi on ne veut pas faire la libéralité.

N'est-ce pas la même chose? Le premier a manifesté la même volonté que le second. En ce qui concerne la dernière partie de la seconde disposition, je n'y vois qu'une redondance.

Mais ce n'est pas là la question. Il me paraît que nous sommes en présence de deux volontés : l'une celle du disposant, l'autre celle du législateur. Le premier veut que la condition s'accomplisse, l'autre ne le veut pas. Qui doit l'emporter? Ici je ne m'attends pas à des divergences ; ici nous devons tous être d'accord : toutes les fois qu'il s'agit du respect des lois et des bonnes mœurs, le législateur doit l'emporter.

N'est-ce pas là une petite inconséquence de la part des partisans de ce système? Ils soutiennent que la libéralité sous condition illicite ou immorale doit être maintenue, que seulement il faut faire abstraction de la condition. Pourquoi? Pour éviter que le bénéficiaire ne se décide à exécuter la condition immorale, en vue de la libéralité. Dans notre cas, en annulant la disposition même, ne tombent-ils pas eux-mêmes dans le danger qu'ils veulent prévenir?...

Nous croyons que l'art. 900 contient une fiction de non existence de toute condition impossible ou illicite apposée à un acte à titre gratuit : « Seront réputées non écrites ces conditions, » nous dit la loi. C'est l'interprétation la plus facile et la plus rapprochée des expressions du texte.

En outre, elle évite de faire prévaloir l'opinion d'un

particulier sur l'opinion du législateur. ce qui présenterait des dangers : supposons une jurisprudence constante en faveur de l'opinion des jurisconsultes que je combats, la déclaration expresse deviendrait de style dans les actes de libéralité, et l'art. 900, quoique existant dans la loi, deviendrait une lettre morte.

C'est pourquoi nous proposons franchement sa suppression, s'il s'agit de modifier la loi ; mais en tant que la disposition existe, elle ne doit pas être annihilée par des interprétations subtiles et contradictoires.

CAS D'APPLICATION DE L'ART. 900

La nomenclature de ce qui est contraire à la loi, de ce qui est d'ordre public, d'intérêt général et privé, contraire aux bonnes mœurs, est inextricable. Le législateur ne l'a pas faite, je crois qu'il n'aurait pas pu le faire.

La formule si connue de Bacon : *optima lex quæ minimum relinquit arbitrium judici*, est très raisonnable, mais il y a des cas où nous devons nous en écarter.

Une nation est toujours en mouvement de vie et de progrès, et les progrès, l'histoire nous le montre, devancent les changements de législation.

Si le législateur s'était donné la peine d'énumérer dans la loi les cas impossibles, illicites, immoraux, il aurait pu y avoir lieu à beaucoup de méprises.

Dans les anciens auteurs, dans les ouvrages publiés

avant la découverte de Montgolfier, on trouve comme exemple de conditions physiquement impossibles : *si vous naviguez dans l'air* (Maynz cité).

Les deux fabricants ingénieux, MM. John et William Sligo, distillateurs à Leith, s'aperçurent qu'en diminuant la profondeur de la chaudière et en augmentant le diamètre, une plus grande surface serait exposée à l'action du feu et que la distillation serait plus rapide. Ils arrivèrent, en effet, par ce moyen, à distiller autant de spiritueux en quelques heures qu'auparavant en une semaine (Paul Leroy-Beaulieu, *Traité de la science des finances*, t. II. ch. ix). Depuis lors, ce qui était impossible dans la production devint bien possible

L'ingénieur anglais James Watt, perfectionnant la machine à vapeur on est arrivé depuis lors à aller dans quelques heures de Paris à Marseille, ce qui auparavant était donné comme exemple de condition impossible.

Jadis le noble encourageait la dérogeance lorsqu'il cessait de vivre noblement, notamment quand il faisait le commerce, s'il s'y engageait, c'était une clause à la fois illégale et contraire aux mœurs.

L'idée d'inaliénabilité considérée comme anti-économique dans les sociétés modernes, était autrefois autrement entendue : les propres de famille, les substitutions occupaient une large place dans les institutions sociales qui ont disparu.

Le rôle du législateur n'est donc pas de tout faire ; il doit laisser une large latitude d'appréciation à l'intelligence des juges, qui ne doivent jamais oublier ce que nous dit Montesquieu : « Si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte (*Esprit des Loix*, livre VI, ch. vi).

Voici maintenant le programme suivant lequel nous avons à traiter des différents cas d'application de l'article 900 :

I. Nous avons à dire très peu de mots sur les conditions impossibles.

II. Puis, nous exposerons les conditions contraires aux lois ou aux mœurs.

Puisque toutes ces conditions rentrent dans la rubrique générale d'« ordre public, » nous allons faire ici une triple distinction :

1° Cas d'ordre public autres que d'intérêt privé et général, comme par exemple la liberté individuelle, la liberté religieuse, la puissance paternelle.

2° Cas d'intérêt privé et général. Ici nous verrons le rôle des conditions illicites surtout dans les dispositions à titre gratuit qui concernent les biens.

3° Les cas où les conditions apposées aux libéralités sont contraires aux bonnes mœurs.

I. CAS D'APPLICATION DE L'ART. 900 AUX CONDITIONS
IMPOSSIBLES

J'aurais voulu pour chaque cas d'application donner non pas des exemples imaginés par les auteurs, mais des cas pris de la pratique, et relatifs aux divers articles du Code. Cela est très difficile pour les conditions impossibles, parce que les décisions judiciaires manquent à peu près dans cette matière. Quant à la loi, elle ne mentionne même pas un seul exemple d'une condition impossible.

M. Laurent nous rapporte un cas discuté devant les tribunaux belges, mais ce cas lui-même a trait aux conventions non pas aux libéralités, et la décision définitive dans ce cas même n'a pas considéré la condition comme impossible. Voici ce cas.

Dans l'acte de vente d'une succession, il est stipulé que l'acheteur ne payera le prix que s'il est démontré d'une *manière convenable* par les vendeurs qu'il n'y a pas d'autres héritiers qu'eux ayant quelque droit à la succession. Le premier juge avait considéré cette condition comme impossible, ce qui entraînait la nullité de la convention. Sur l'appel, la décision a été réformée. Les héritiers vendeurs n'étaient pas tenus de faire la preuve juridique qu'il n'existait aucun successeur; une preuve pareille aurait pu être considérée comme impossible; l'acte leur imposait seulement

l'obligation de fournir une démonstration convenable, c'est-à-dire de justifier d'une manière plausible qu'il n'existait pas de parents paternels ayant droit à l'hérédité, et cette preuve n'était certes pas impossible (Gand, 19 janvier 1871 (Pasicrisie, 1871, 2, 257) Laurent, t. XVII, n° 40).

En droit romain nous avons trouvé aussi des textes, mais on estime, qu'en général, les exemples donnés sur les conditions impossibles étaient plutôt le produit de l'imagination des jurisconsultes pour donner plus de clarté à leur pensée et pour les opposer aux autres conditions qui n'étaient pas impossibles.

Dans l'ancien droit français c'était la même chose.

Comme nous avons déjà vu la théorie de la condition impossible, et comme en pratique les cas sont bien rares, si même il s'en rencontre, nous nous croyons autorisé à passer outre.

II. CAS D'APPLICATION DE L'ART. 900 AUX CONDITIONS CONTRAIRES AUX LOIS OU AUX MŒURS

Les particuliers ne peuvent pas déroger par leurs actes juridiques aux dispositions « d'un intérêt général ou d'ordre public. » Sous cette expression l'on comprend toutes les clauses contraires aux lois ou aux mœurs. Mais, comme nous l'avons déjà vu, les mots « ordre public » peuvent servir d'entête à une grande division que nous pouvons diviser en trois parties.

Dans la première de ces trois parties, nous verrons les cas qui intéressent l'ordre public autres que ceux qui sont contraires à l'intérêt privé et général ou aux bonnes mœurs.

Puis nous verrons les cas d'intérêt privé et général dans une deuxième partie.

Etenfin, dans une troisième partie, nous verrons les cas de conditions contraires aux bonnes mœurs.

I

CONDITIONS CONTRAIRES A L'ORDRE PUBLIC

§ 1^{er}. *Liberté individuelle.*

Le mot « liberté, » dans notre sujet, doit être pris dans l'acception la plus large que les lois constitutionnelles modernes nous font connaître.

La liberté, ce n'est pas une idée étroite et fixe et sa définition n'est pas la même dans tous les temps et dans tous les lieux comme l'ordre politique dont elle relève.

Les Romains disaient : *libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur.*

Si nous prenons maintenant les deux régimes politiques les plus opposés : la monarchie absolue et le régime libéral le plus avancé, nous allons trouver des deux côtés une liberté, une liberté à laquelle la défini-

tion romaine s'appliquerait dans l'un comme dans l'autre de ces deux régimes.

Si nous nous reportons, en France même, dans le régime de la monarchie absolue, nous allons trouver certes, assez bien définie et existante, l'idée de liberté, mais en ce qui concerne la liberté individuelle, par exemple, nous devons dire ou bien qu'elle n'existait pas, ou bien qu'elle existait, mais souvent paralysée, parce qu'elle était à la merci d'une lettre de cachet.

L'idée de liberté existait, mais à demi étouffée par les inégalités sociales, reste de l'ancien servage.

Aujourd'hui, au contraire, nous en sommes arrivés à l'idée que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits, que le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, et ces droits sont *la liberté*, la propriété, la sûreté..... Nous sommes arrivés enfin à l'idée que *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui*. (Déclaration des droits de l'homme qui précède la Constitution de 1791, les art. 1, 2 et 4. Déclaration des droits de l'homme qui précède l'acte constitutionnel de 1793, art. 6 ; même déclaration dans la Constitution de l'an III, art. 2).

C'est dans ce dernier sens, je crois, que nous devons entendre l'idée de liberté. Nous devons donc nous éloigner du sens étroit et incomplet que le mot liberté avait à Rome et dans l'ancienne France, pour nous

attacher à l'idée contenue dans les Constitutions citées, qui forme la base du droit public moderne.

Toute restriction à la liberté ainsi entendue, est donc illicite, elle doit être réputée non écrite si elle forme la condition d'un acte de libéralité.

Appliquons maintenant cette notion de la liberté aux espèces suivantes :

a. *Liberté de la résidence.* — La condition de demeurer dans tel département est-elle contraire à la liberté individuelle? C'est ce qu'on appelle la question de la *liberté de la résidence*. En principe, je ne vois là qu'une condition illicite. Si nous supposons une loi qui imposerait à chaque personne sa résidence, elle nous paraîtrait immorale, comment permettre à un particulier d'imposer une pareille restriction à notre liberté? Et, notons-le bien, ce n'est pas dans l'intérêt de l'individu que la question se pose : c'est la société tout entière qui est intéressée à laisser à chaque individu le libre choix de disposer de son avenir, de conduire ses affaires, d'administrer son commerce ou son industrie, d'exercer sa profession d'après l'intérêt du moment et d'après les circonstances qu'on ne peut presque jamais connaître d'avance. L'immobilisation des terres est anti-économique; la fixation des personnes me paraît mille fois plus dangereuse pour la société, elle est une entrave à la prospérité d'une nation, elle est contraire à l'ordre social.

Les auteurs ont fait de nombreuses distinctions

dans cette question. Si on poursuit un but louable, dit-on, pourquoi ne pas respecter la condition ? On impose à une mère la condition de ne pas se séparer de ses enfants, à un professeur célèbre de rester dans sa ville natale, à un magistrat de résider pendant sa vie dans telle localité, en qualité de conseiller à la Cour, ou à un serviteur de demeurer avec telle personne pendant qu'elle vivra, à une personne d'aller ou de résider dans un lieu déterminé. Dans tous ces cas, les Romains réputaient la condition valable (L. 73, *De cond. et demonstr.*). Les anciens auteurs : Ricard, Furgole, aussi, de même de nos jours, il y a des auteurs qui l'admettent comme licite (Toullier, *op. cit.*, t. V, n^{os} 262, 263).

Quant à nous, toutes ces conditions nous paraissent procéder des vues étroites des temps anciens, elles restreignent la liberté, prise dans l'acception moderne, et par conséquent nous les estimons illicites.

Je prendrai maintenant deux cas dans la pratique, l'un de l'ancienne jurisprudence et l'autre de 1840.

Ricard nous rapporte un cas de condition qui tendrait à détruire la liberté d'une personne, que le donataire ne sortira pas d'un certain lieu, d'une certaine ville ; cette condition doit être réputée non écrite, dit-il, parce que, il y va de l'intérêt public de conserver la liberté des particuliers.

Ricard (*Des dispositions conditionnelles*, n^o 282) rapporte l'arrêt suivant rendu dans ces principes, le 3 juil-

let 1614, que je trouve dans Toullier. Jean Demay, natif de Beaune, par affection pour son pays, laisse par son testament à celui de ses deux neveux qui voudrait demeurer à Beaune tous les biens qui lui appartiennent aux environs de cette ville, parce que néanmoins l'aîné serait préféré, s'il voulait se soumettre à cette condition. Cet aîné fut reçu conseiller au Parlement de Toulouse, où il s'établit. Le cadet s'établit à Beaune ; et le père commun, qui était exécuteur testamentaire de l'ordre, le maria avec les biens du testament. On inséra dans le contrat que, sans cela, le mariage n'aurait pas eu lieu. L'aîné soutint que la condition était nulle, comme contraire à la liberté. Ainsi jugé par l'arrêt du 3 juillet 1614.

Voici maintenant le procès qui a eu lieu sous le régime du Code civil. On fait un legs à une personne sous la condition de demeurer en Corse ; l'obligation n'était pas perpétuelle et le légataire pouvait s'absenter de temps en temps. La Cour de Bastia par son arrêt du 10 juin 1840 estime la condition licite, le légataire est donc tenu de l'accomplir. Qu'est-ce qu'il fait ? Il vend tous ses biens légués et il quitte la Corse pour l'Italie. Mais il a la prudence de se réserver deux chambres de la maison qu'il était tenu d'habiter en vertu du testament, où il pouvait venir de temps en temps, s'il le voulait. Cela a conduit la Cour de Bastia à dire qu'il n'a pas quitté la Corse sans esprit de retour ! Quant à moi, Je ne vois dans la conduite du légataire qu'une inter-

prétation vraiment frauduleuse de la volonté du disposant.

b. *Liberté des professions.* — La condition d'embrasser ou de ne pas embrasser telle profession, tel état déterminé, est-elle contraire à la loi ?

La division du travail est aujourd'hui une vérité indiscutable. Chaque homme a une mission dans la société, il joue un rôle, il a un métier. Qui décide de la profession que chacun doit embrasser ? Le problème ne me paraît pas difficile, c'est une question de liberté individuelle et de penchant naturel. Chacun a ses aptitudes, son application, sa vocation. Celui qui l'entrave commet un attentat contre sa liberté, et par conséquent viole l'ordre public.

La liberté des professions rentre dans le programme de 1789, dans la loi de 1791, elle rentre dans les constitutions de 1793 et de 1795, elle rentre dans le droit public moderne.

Voici comment M. Laurent s'exprime à ce sujet :

« S'il y a un droit naturel, inaliénable de l'homme, c'est bien celui de suivre sa vocation. De qui la tient-il ? de Dieu, qui l'a doué de telle faculté et non de telles autres. » Et plus loin, en parlant de la condition d'étudier, il ajoute :

« La condition d'étudier a pour objet la culture de l'esprit, dit Furgole, et de procurer des sujets capables de rendre des services à l'Etat par leur science et leur capacité. Rien de plus vrai quand il s'agit de faire des

études générales qui ont pour objet le développement de l'intelligence. Il n'en est plus de même quand il s'agit d'études professionnelles, comme serait la condition d'étudier le droit. Il ne faut pas que les libéralités attirent dans les hautes études des jeunes gens que leurs capacités n'y appellent point ; déclasser les hommes est un mal pour l'individu et pour la société, parce que les personnes déclassées sont malheureuses et mécontentes ; ce sont les prolétaires de l'intelligence, les pires de tous (t. XI, n° 443). »

Voici une espèce importante présentée dans l'ancien droit ; un laboureur institue son fils héritier sous la condition qu'il serait aussi laboureur, sinon que sa fille soit héritière. Le fils devint architecte. Le Parlement de Toulouse maintint l'institution.

Comment peut-on justifier cette décision que la condition d'embrasser telle profession est illicite ?

Furgole nous donne les meilleures raisons, quoiqu'il critique l'arrêt du Parlement ; nous suivrons ses motifs sans admettre son opinion.

Voici comment il justifie l'arrêt : « Tel sera destiné à une profession pour laquelle il n'aura point de goût ni de disposition, et qui pourrait mieux réussir et s'occuper plus utilement en suivant son attrait et ses inclinations, qui le portent à une autre » (*Des testaments*, t. II, chap. VII, sect. II, n^{os} 101 et 103).

c. *Condition de demeurer avec une personne quelconque.* — On ne peut pas être astreint à demeurer toute

sa vie avec une personne quelconque; c'est une atteinte à la liberté individuelle.

Aux termes de l'art. 1780, qui se trouve dans la matière du louage d'industrie, on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée.

Un arrêt de la Cour de cassation, du 11 mai 1858, a déclaré illicite et nulle la clause par laquelle un employé qui loue ses services à une maison s'interdit la faculté de prendre en aucun temps et en aucun lieu, après sa sortie de cette maison, un emploi dans une maison exerçant la même industrie (*Code Rivière*, note sur l'art. 1780).

Cette décision doit être suivie dans tous les actes juridiques.

Voici une espèce présentée devant la Cour de Pau le 2 janvier 1827 : on avait fait une institution contractuelle à deux futurs époux, à la condition qu'ils vivraient avec le disposant, à même pot et feu, en faisant un même ménage. Le but du donateur était de s'assurer des moyens d'existence et des secours pendant sa vie. La Cour décida que la clause était valable.

Nous devons remarquer que dans ce cas nous ne nous trouvons pas en face d'une donation pour appliquer l'art. 900, mais en face d'un contrat à titre onéreux. L'art. 1172 est applicable, la convention tout entière est nulle parce qu'il s'agit d'une aliénation illi-

mitée de la liberté individuelle des donataires. Dans l'ancien droit même on arrivait au même résultat.

§ 2. *La liberté religieuse.*

Nous ne connaissons pas de question qui intéresse au plus haut degré l'ordre public que la liberté de conscience et la libre communication des pensées. On doit être laissé complètement libre d'embrasser ou de ne pas embrasser telle profession ; on doit ne pas être inquiété pour ses opinions, même religieuses ; c'est un des droits les plus précieux de l'homme, nous dit la déclaration de 1789 (art. 10 et 11).

Je ne peux pas suivre dans tous leurs détails les débats célèbres qu'a soulevés cette question de liberté religieuse. Et puis la question n'en est pas une :

La condition de se faire prêtre ou de ne pas se faire prêtre ;

La condition de changer de religion ou de n'en pas changer ;

La condition imposée à des parents d'élever leurs enfants dans telle ou telle religion, et beaucoup d'autres, peuvent se poser sous le titre de liberté religieuse.

Ricard et Furgole, notamment, sont dans l'ancien droit, les deux adversaires considérables.

« La condition de se faire prêtre est illicite, disait Ricard, l'Eglise a intérêt à ce que ses troupes ne soient

pas remplies d'une milice mercenaire » (n° 624). Et Pothier le suit : « Il est contre les bonnes mœurs et l'honnêteté public la condition de se faire prêtre. »

Furgole considère cette condition comme licite, parce qu'on peut promouvoir à une bonne œuvre en y attachant une récompense temporelle (n° 80 et suiv.).

Aujourd'hui encore les jurisconsultes ne sont pas d'accord.

M. Demolombe propose une doctrine intermédiaire, d'après laquelle cette question serait subordonnée aux circonstances du fait (XVIII, n° 259).

Cela me paraît très admissible, mais le grand jurisconsulte pose comme principe que la condition, en soi, n'est pas illicite.

« Prétendre, dit M. Demolombe, que la condition, de se faire prêtre doit toujours être regardée comme attentatoire à la liberté civile et religieuse, et comme excitant par un appât pécuniaire à une vocation qui ne doit venir que d'en haut, c'est là, suivant nous, une exagération. Est-ce que, en effet, l'Etat lui-même ne favorise pas le recrutement du clergé catholique par des encouragements et des immunités? »

« Mais ce que nous ne voudrions pas nier non plus, c'est qu'il pourrait en être autrement, s'il apparaissait que le disposant a voulu, en effet, poser, par une sorte de contrainte, sur la conscience du gratifié. Il y aurait lieu d'examiner l'âge du donataire ou légataire, s'il était déjà entré au séminaire ou s'il avait embrassé une

autre profession, son caractère, ses habitudes, l'importance relative du legs, etc.; et on pourrait alors suivant les cas, déclarer la condition non écrite; mais cela ne devrait, suivant nous être que l'exception; car la condition en soi, ne nous paraît pas illicite. »

Ainsi, s'il apparaissait uniquement que le disposant a voulu peser par une sorte de contrainte, sur la conscience du gratifié, par exception la condition serait illicite.

Il me paraît plus conforme aux règles que nous avons établies jusqu'ici d'admettre comme principe que la condition est illicite. Mais si dans un acte de libéralité la clause de se faire prêtre joue purement le rôle d'un événement futur et incertain de l'accomplissement duquel le disposant fait dépendre la validité de la libéralité, la condition me paraît très licite. Exemple : je suppose un testateur qui voyant une personne décidée très probablement à devenir un ministre du culte, lui lègue ses livres religieux s'il se fait prêtre.

Quant à l'argument que l'État lui-même favorise le recrutement du clergé catholique par des encouragements et des immunités, nous croyons qu'on peut répondre.

L'État encourage tout autant toutes les branches de l'activité humaine. l'école de droit est très encouragée par l'État, l'école de médecine, des beaux-arts aussi, et nous avons vu qu'imposer à un homme une profession ou une étude professionnelle contre son aptitude,

peut-être, c'est s'exposer à en faire au prolétaire intellectuel, c'est illicite (Colmar, 9 mars 1827).

La condition de ne pas se faire prêtre est considérée comme licite par un très grand nombre d'auteurs, Ricard et Furgole même étaient d'accord sur ce point.

Demante et Marcadé sont les seuls auteurs que M. Demolombe cite comme enseignant le contraire de l'opinion commune.

Quant à moi, je dois l'avouer, j'ai une opinion arrêtée dans le sens de la minorité.

« Il est facile de concevoir, nous dit l'éminent jurisconsulte, l'intérêt sérieux et légitime que pourrait avoir le disposant à ce que son légataire son neveu, par exemple, le représentant peut-être et le continuateur du nom de la famille, n'entrât point dans les ordres sacrés; et il nous semble, avec Ricard, que c'est aussi de sa part une pensée juste de destiner son bien pour élever une famille dans les honneurs et les avantages du siècle (Demol., XVIII, n° 260).

Je trouve dans l'argumentation même de M. Demolombe les motifs qui me font repousser l'opinion de la majorité.

Je ne connais pas de témoignage plus éloquent pour détruire tout le système de mes adversaires.

C'est l'intérêt sérieux et légitime du disposant qu'on veut faire prévaloir dans la théorie des conditions illi-

cites ! J'aurais peur, quant à moi, de généraliser une pareille théorie. La même argumentation s'appliquerait admirablement pour admettre comme licite toute condition même la plus contraire à l'ordre public.

Mais ce n'est point du tout l'intérêt du disposant qu'on doit avoir en vue pour décider si telle condition est illicite, mais l'intérêt de la société. Et celle-ci est grandement intéressée à ce que chacun suive sa vocation ; c'est une atteinte à la liberté de conscience donc que de détourner de la nécessité morale qu'on sent de se faire prêtre.

Sur la condition de changer de religion ou de n'en pas changer et sur la condition imposée à des parents d'élever leurs enfants dans telle ou telle religion, il n'y a pas de débats sérieux : l'opinion commune c'est que la condition est illicite.

§ 3. *L'état et la capacité des personnes.*

La condition imposée à l'enfant naturel de ne pas rechercher sa mère.— L'état et la capacité des personnes sont d'ordre public. Personne ne peut empêcher un enfant naturel de rechercher la maternité, on le priverait de cette manière de son état, ce qui est illicite, parce que la société est grandement intéressée à ce qu'un enfant au lieu de se trouver seul et peut-être sans moyens d'existence, ait un nom de famille, un droit à des aliments, un droit de succession, au moins vis-à-vis

de sa mère ; la loi lui accorde tous ses droits dans l'intérêt de la société, les particuliers ne peuvent donc y déroger (trib. de Tarbes, Dalloz, 1857, 2, 154).

Condition qui déroge à la puissance maritale. — Aux termes de l'art. 214, la femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider.

Il a été jugé que le mari dont la femme veut se soustraire à la vie commune peut la contraindre *manu militari* à demeurer avec lui (Cass., 9 août 1826).

Le législateur ayant en vue la nécessité de l'unité de direction des affaires d'une famille, a dû choisir entre le mari et la femme.

Les mœurs des anciens Germains ont établi l'incapacité de la femme mariée. Depuis lors jusqu'à nos jours les mœurs ont établi en France que le mari a la haute direction des affaires de sa famille. Tout cela non plus dans l'intérêt du mari, ou de la femme, mais en vue de la prospérité de la famille, la pierre angulaire de toute société. La question de l'incapacité de la femme est une question d'autorité maritale et de protection pour la famille. Toute clause donc qui dérogerait à la puissance maritale est illicite (Poitiers, 3 juin 1842).

Cette règle n'est pas absolue. Surtout lorsqu'il s'agit des dérogations à la puissance maritale, en ce qui concerne les biens, on admet généralement les clauses qui restreignent les pouvoirs du mari.

Exemple : La condition que la femme commune tou-

che les revenus des biens légués sans l'autorisation du mari et sur ses seules quittances, est licite parce que la loi elle-même permet de pareilles restrictions au profit de la femme (art. 223, 1536, 1534, Cour de Paris, 5 mars 1846, Dalloz, 1846, IV, 29).

Puissance paternelle. — Ici aussi on fait généralement une distinction.

1° S'il s'agit de pourvoir à la haute administration de sa famille : pour l'éducation civile et religieuse des enfants, pour leur instruction, le père à tous ces points de vue est tenu par les lois civiles et morales, mais en revanche c'est son droit, on ne peut s'ingérer dans l'exercice de ce droit par des conditions qui accompagnent les actes juridiques. C'est contraire à l'ordre public, c'est illicite.

2° Quant aux biens. Mais ici on fait une sous-distinction. L'administration de la fortune des enfants est un devoir de famille d'un ordre plus élevé qu'un simple intérêt pécuniaire, on ne peut pas y déroger (*Contra*, Cass. 11 novembre 1828 ; Orléans, 5 fév. 1870). L'usufruit légal est un droit pécuniaire, on peut disposer dans une donation ou testament qu'il n'appartiendra pas au père.

Tutelle. — L'institution de la tutelle est d'ordre public ; elle existe chez tous les peuples, parce qu'il est vraiment de droit naturel de protéger ceux qui ne peuvent pas se défendre : *ad tuendum eum qui propter etatem se defendere nequit*, comme le disait le juris-

consulte romain Servius. Le législateur s'est chargé de pourvoir à cette utilité sociale de premier ordre. Dans une foule de dispositions la loi fixe par des règles précises le mode de nomination des tuteurs et la manière dont il faut administrer les biens des mineurs. La loi prend des garanties nombreuses et scrupuleuses pour la sauvegarde des fortunes de ces incapables; c'est une question d'intérêt général, parce qu'elle regarde la richesse d'une nation et l'avenir d'une génération qui devra souffrir avec la société elle-même si les fortunes sont dilapidées. On ne peut donc pas, sous le prétexte d'un bienfait pécuniaire, changer l'ordre de dévolution de la tutelle (Paris, 22 février 1838).

L'arrêt de la Cour de Paris qui admet le principe qu'un donateur ou testateur ne peut pas nommer un tuteur au bénéficiaire, trouve licite de laisser l'administration des biens légués à la personne nommée tuteur par le disposant et soumet la question de cet administrateur à la surveillance du subrogé tuteur. Cela me paraît contraire à l'économie de la loi et présente bien des inconvénients :

1° Il y a, dans l'espèce, un administrateur à côté du tuteur, ce que la loi n'a pas prévu.

2° On admet la surveillance d'un subrogé tuteur là où il n'y a pas de tutelle, contrairement à la loi.

3° La fortune du mineur n'a pas de garantie solide parce que les biens de cet administrateur ne sont pas soumis à l'hypothèque légale.

Formalité de vente en justice dans l'intérêt d'un incapable. — La loi dit que la vente des biens des mineurs doit être faite en justice. C'est une garantie pour l'incapable, et par conséquent c'est d'ordre public.

La Cour de Paris par un arrêt du 13 août 1849 (Dalloz, 1850, II, 194) a jugé dans ce sens. Un testateur laisse des immeubles à des mineurs et il déclare qu'il veut que la vente de ces biens ne se fasse pas en justice mais par simple adjudication devant notaire et en présence de l'exécuteur testamentaire. La Cour considéra la condition comme contraire à la loi et la réputation écrite.

De grands jurisconsultes pourtant ne sont pas de cet avis : M. Troplong, M. Demolombe et d'autres, font des distinctions.

Si les biens adviennent au mineur sous cette clause concomitante et contemporaine de son acquisition, que le disposant lui-même y a attachée, à savoir : qu'ils seront vendus sans formalités pour l'acquit de ses dettes, cela doit être respecté pour les motifs suivants :

Le droit romain et l'ancien droit français réputaient la condition comme valable. Cette disposition n'est qu'un legs du *reliquat*, du *boni*, qui restera après la vente des biens et le paiement des dettes.

La rigueur de la loi, si elle est applicable à notre hypothèse aurait pu être éludée, en léguant les biens à un autre à la condition qu'après le paiement des

dettes le légataire donne la somme qui reste aux mineurs.

Enfin la condition est sage, prévoyante et très conforme au plus évident intérêt des mineurs eux-mêmes (Demolombe, XVIII, n° 315 et surtout, parmi les auteurs qu'il cite : Bayle-Mouillard sur Grenier et Trolong).

Condition de ne pas demander compte d'une administration tutélaire. — En principe, la condition est contraire à l'ordre public. Mais cette clause peut se présenter d'une manière complexe. Supposons un tuteur qui fait un legs à son pupille sous la condition de ne pas demander compte de son administration tutélaire. Tout d'abord il faut voir si cette disposition ne tombe pas sous le coup de l'art. 1172 plutôt que sous l'article 900. On peut considérer le legs comme un contrat onéreux par lequel le pupille renonce à la reddition de compte moyennant la libéralité que lui fait son ancien tuteur. On ajoute que la loi défend même au pupille devenu majeur de traiter avec son tuteur sur le compte de tutelle ; en conséquence, la disposition tout entière est nulle en vertu des art. 1172 et 472 (Laurent, t. XI, n° 452).

Mais les anciens auteurs : Ricard, Furgole, et un grand nombre de jurisconsultes modernes, estiment que l'on doit regarder comme licite la condition apposée à une libéralité faite par le tuteur à son ancien pupille, de ne pas demander son compte de tutelle.

Les art. 472 et 2045, disent-ils, ne sont pas applicables.

M. Demolombe, en répondant aux jurisconsultes qui admettent la condition dont nous parlons comme licite, formule la meilleure opinion, à laquelle quant à moi, je souscris sans hésiter : « Cette solution sera, dit le grand jurisconsulte, en effet, au fond, presque toujours la plus exacte. Mais il est permis de se demander si elle est bien formulée, et s'il est vrai de dire que l'on doit considérer comme licite la condition qu'un ancien tuteur aurait imposée à la libéralité qu'il faisait au mineur, de lui remettre quittance de sa gestion, sans avoir rempli les formalités prescrites par l'article 472. Nous pensons que la question étant ainsi posée, c'est négativement qu'il faudrait la résoudre ; car l'art. 472 renferme une disposition tutélaire à laquelle le mineur devenu majeur ne peut valablement renoncer ; sa renonciation étant, dans ce cas, entachée du même vice qui rendait nul l'arrêté de compte de tutelle lui-même, s'il n'avait pas été fait conformément à l'art. 472. Mais voici ce qu'il faut ajouter : c'est que les dispositions, donations entre-vifs ou testaments, qui sont faites par le tuteur au profit de l'ancien mineur, avec une clause de ce genre, ne constituent pas de libéralités pures, elles ne sont pas faites seulement sous une condition ; la vérité est qu'elles ont pour cause, et on peut même aller jusque-là, pour équivaler en faveur du disposant, l'obligation qui est impo-

sée d'une façon synallagmatique, au mineur devenu majeur, de ne pas demander son compte de tutelle. Et alors la conclusion à tirer d'un tel acte ainsi apprécié, ce n'est pas précisément que la condition est valable, c'est que l'acte forme un tout indivisible ; et que si le mineur devenu majeur en demande ensuite la nullité, comme il en a le droit, pour cause d'inobservation de l'art. 472, il sera obligé de restituer tout ce qu'il a reçu en vertu de l'acte même, qui sera déclaré nul. En un mot, il faudra, dit très bien Grenier, opter entre la libéralité et l'action en reddition de compte » (Demol., XVIII, n° 316).

II

CONDITIONS CONTRAIRES A L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ET A L'INTÉRÊT PRIVÉ

CONDITIONS RELATIVES AUX BIENS

La clause de ne pas aliéner.

Parmi les clauses qui concernent les biens, celle de ne pas aliéner est la plus considérable. Elle intéresse au plus haut degré l'ordre public. La libre circulation des biens, meubles et immeubles, la faculté pour le propriétaire d'aliéner à son gré, est d'abord une conséquence inévitable du droit de propriété et en outre l'intérêt économique réprouve toute loi qui entrave, défend ou restreint la libre transmission des biens.

Voici comment M. Cauwès justifie économiquement ce principe dans son remarquable ouvrage d'économie politique.

« On doit en effet présumer, puisque les actes de transmission ne sont pas en général déterminés par un pur caprice, que celui qui acquiert a plutôt le désir et le moyen d'utiliser la chose que celui qui est disposé à aliéner. Par le jeu des conventions libres, le fait ordinaire est que les richesses passent aux mains de ceux qui peuvent le mieux en faire usage. Les besoins industriels ne sont pas immuables : par conséquent, après avoir été employé par une personne qui n'en a plus besoin, il est de l'intérêt général de la production qu'un capital puisse être transmis à une autre personne afin qu'elle le mette à profit... La libre circulation des biens est de nos jours surtout un principe d'ordre public » (t. II, p. 142, 1^{re} édition).

Au point de vue économique donc il n'y a pas de doute que la circulation des biens soit d'ordre public, et que toute restriction à ce principe doit être considérée comme illicite.

Mais juridiquement parlant où pourrait-on puiser les motifs de l'illégalité d'une pareille clause ? Dans le Code il n'y a pas d'article qui dispose directement que la clause de ne pas aliéner n'est pas permise. Mais le législateur prévoit des rares exceptions au principe d'où nous pouvons très facilement établir la règle. Ainsi dans le but de favoriser les mariages et pour satisfaire au désir

des Français des pays de droit écrit, qui ont eu pendant des siècles leurs institutions propres grâce à l'influence du droit romain, le législateur, par exception, a admis dans le régime dotal l'inaliénabilité (art. 1554). Notons qu'elle est temporaire, parce qu'elle ne dépasse pas la vie des époux.

La loi, toujours comme rare exception, a admis, dans des cas bien déterminés les substitutions (art. 897 ; mais en principe le Code même les prohibe (art. 896). Ici aussi nous devons observer qu'il ne s'agit que d'une inaliénabilité temporaire : aux termes des art. 1048 et 1049, les dispositions par acte entre-vifs ou testamentaires faites à des fils ou frères et sœurs donataires n'ont lieu qu'au profit de leurs enfants nés ou à naître *au premier degré seulement*.

En ce qui concerne une défense absolue d'aliéner il n'y a pas même de doutes et de débats sérieux : une telle clause est illicite.

Mais que faut-il décider sur la condition de ne pas aliéner dans un certain temps ? Sur ce point il n'y a pas de principe absolu dans la doctrine et la jurisprudence.

Un arrêt de la Cour de Lyon décide que la condition de ne pas aliéner pendant quarante ans est illicite (7 avril 1835).

Un autre arrêt (Caen, 12 juin 1834, Dalloz, 1835, II, 193) admet comme valable la clause d'insaisissabilité des revenus, ce qui revient toujours à une inaliénabilité.

La Cour d'Orléans (17 janvier 1846, Dalloz, 1846, II, 203) a décidé que la clause imposée à un donataire de ne pas aliéner pendant la vie du donateur dès que celui-ci à un intérêt, n'est pas illicite.

La Cour de cassation enfin, a sa jurisprudence presque fixe sur la question : « l'interdiction temporaire et purement relative d'aliéner, imposée par un testateur à ses légataires, ne peut être assimilée à l'interdiction absolue et indéfinie qui aurait pour résultat de mettre, pendant un long terme, les biens légués hors de la circulation » (12 juillet 1865, Dalloz, 1865, I, 475; 9 mars 1868, Dalloz, 1868, I, 309).

La défense d'aliéner, même temporaire, est une clause contraire à la circulation des richesses. Cette circulation est trop d'intérêt général pour qu'une telle condition ne soit pas tout aussi contraire à l'ordre public que la prohibition absolue d'aliéner.

Nous ne pouvons pas suivre les diverses décisions des Cours d'appel, parce que dans chaque cas on voit une décision nouvelle, des motifs tout à fait d'espèce; on ne sait pas à quoi s'en tenir.

Mais je dirai quelques mots sur le principe posé par la Cour de cassation, qui n'est pas loin d'une jurisprudence constante. D'après la haute Cour l'interdiction absolue et indéfinie est nulle parce qu'elle a pour résultat de mettre les biens légués hors de la circulation *pendant un long terme*. L'interdiction temporaire et purement relative d'aliéner est valable.

Quelle est la ligne de démarcation entre ce qui est permis et ce qui est prohibé? On ne le sait pas. Personne ne le détermine, pas même la Cour de cassation. Aucune loi ne nous autorise à poser une règle quelconque; d'où, dans chaque espèce, on s'inspire soit de l'intérêt du disposant, soit de celui du bénéficiaire soit même de l'intérêt d'un tiers.

Nous avons répété maintes fois que lorsqu'il s'agit d'un intérêt général ce n'est pas l'avantage de tel ou tel particulier qui doit nous guider pour résoudre des questions qui intéressent la société tout entière. Aucun principe économique, aucun motif juridique ne peut être invoqué en faveur de la décision de la jurisprudence.

Nous préférons rester dans les principes: la libre circulation des biens est d'ordre public, et par suite l'on doit interdire toute restriction à la transmission des biens de main en main, qui facilite le commerce et l'industrie, qui augmente la richesse nationale.

A quoi bon les restrictions? Dans l'intérêt du donateur? du donataire? de telle ou telle personne? La loi admet un nombre considérable d'actes juridiques qu'on peut faire pour arriver à un résultat à peu près analogue à celui où on arrive par un acte illicite.

Veut-on se mettre en garde contre la prodigalité, l'état mental ou l'inexpérience d'une personne? La loi a pris des mesures pour la sauvegarde des fortunes de tous les incapables.

Il est beaucoup mieux, croyons-nous, de ne pas transiger par des interprétations trop subtiles sur les questions qui intéressent l'Etat; la jurisprudence a cet inconvénient de donner aux particuliers l'espérance que leur volonté sera respectée alors même que la loi et l'intérêt général seraient contraires à leurs désirs.

Les décisions si variées des arrêts des Cours et la jurisprudence de la Cour de cassation ne nous paraissent qu'une entrave au développement de la richesse publique.

DE LA DÉFENSE DE SAISIR

Qu'il s'agisse d'une clause d'inaliénabilité ou d'une clause d'insaisissabilité, le principe économique est le même. Dans les deux cas, la clause est illicite parce qu'elle est une entrave à l'ordre économique : elle diminue le crédit du donataire, elle est un obstacle aux transactions, et, par suite, elle paralyse le développement du commerce et de l'industrie. En outre, la clause qui nous occupe est contraire aux dispositions du Code civil même : aux termes de l'art. 2092, quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.

Cette règle ne nous paraît pas établie par la loi dans un intérêt purement privé. Elle influe sur les transactions, facilite le commerce, augmente le crédit des personnes, comment peut-on y déroger par une

volonté particulière? On nous oppose l'art. 581 du Code de procédure qui déclare insaisissables « les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou donateur. » Mais cet article ne nous paraît qu'une exception à l'art. 2092 qui doit être limitée « aux sommes et aux objets, » c'est-à-dire à des valeurs mobilières d'une importance en général insignifiante, exception admise par le législateur *humanitatis causa* en faveur d'un donataire malheureux. L'esprit de cette disposition ne permet pas de l'invoquer en faveur d'un débiteur, donataire d'un immeuble considérable déclaré insaisissable et au détriment des créanciers qui ont compté sur la fortune à venir et l'honorabilité de leur débiteur. C'est une situation absolument contraire à la morale que celle de créanciers désarmés et impuissants en face d'un débiteur millionnaire.

Nous croyons que les arrêts de la Cour de Riom et de la Cour de Montpellier, qui ont déclaré d'ordre public la disposition de l'art. 2092, ont donné la meilleure interprétation de la loi.

Cependant, la Cour de cassation n'a pas admis cette manière de voir (Riom, 23 janvier 1847 ; Montpellier, 16 janvier 1852; Cassation, 20 décembre 1864 ; 27 juillet 1863).

CONDITIONS RELATIVES AUX SUCCESSIONS

Quelle est la valeur d'une condition imposée à une personne, soit dans un acte de donation, soit par un testament, de renoncer à une succession ?

Il faut faire une distinction.

S'agit-il d'une succession déjà ouverte au moment de l'acte conditionnel ? Tout est valable. Il n'y a là en question qu'un pur intérêt privé, pécuniaire, dont on peut disposer comme l'on veut.

S'agit-il d'une succession qui n'est pas encore ouverte ? Nous allons voir une nouvelle distinction.

Aux termes de l'art. 791, on ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession.

Est-il possible d'avoir une disposition plus explicite ? *A priori* il semble que renoncer à la succession d'un homme qui vit encore, c'est faire un pacte immoral, impliquant un *rotum mortis*, c'est intéresser plusieurs personnes à désirer la mort de l'individu sur la succession duquel on traite. Les Romains eux mêmes ne permettaient aucune transaction sur la succession d'un homme vivant.

Cependant, la question n'est pas aussi facile qu'elle le paraît. S'il s'agit de renoncer à une succession qui n'est pas encore ouverte, cette clause est illicite. Mais

il y a des auteurs qui admettent comme licite la condition imposée à une personne de renoncer à une succession le jour où elle lui sera dévolue.

La loi elle-même, disent-ils, admet implicitement cette condition, parce que toute libéralité faite à un successible sans dispense de rapport n'est pas rapportable sous cette condition tacite : si le bénéficiaire renonce à la succession. Tout héritier, dit l'art. 843, venant à une succession, doit rapporter ce qu'il a reçu du défunt.

Or, il ne rapportera pas s'il renonce à la succession. Et si la loi admet tacitement cette condition pour un successible, pourquoi ne pas l'admettre aussi pour un non successible ?

D'autres font des distinctions : ils admettent comme licite la condition dans un testament ; mais, dans une donation entre-vifs, ils la déclarent illicite.

Enfin, dans une troisième opinion on répute la condition illicite sans aucune distinction entre les donations entre-vifs et les testaments. C'est l'opinion qui nous paraît la plus juridique.

Les partisans de la première opinion allèguent que la loi elle-même permet implicitement la renonciation à une succession future (argum. de l'art. 843). Voici la différence qu'il y a entre ce que la loi admet et ce qui serait le résultat de la convention ou d'une disposition testamentaire sous la condition de renoncer à la succession.

La loi, dans un intérêt d'ordre élevé, le maintien de l'égalité entre les héritiers, interprète la volonté du donateur dans ce sens qu'il a voulu faire un avancement d'hoirie au donataire son héritier; s'il ne le voulait pas, il aurait exprimé clairement que la libéralité était faite avec dispense de rapport.

Celui qui impose à son bénéficiaire la condition de renoncer à une succession, n'a pas de motif élevé comme le législateur, il n'est guidé que par un pur intérêt pécuniaire et privé, les deux situations ne sont donc pas analogues.

On pousse plus loin la subtilité : on dit que celui qui est assujéti à la condition qui nous occupe, ne traite pas sur une succession future; une condition lui est imposée : la renonciation au moment où la succession s'ouvrira. Il n'y a donc pas *hic et nunc* une renonciation imposée. Mais c'est justement ce que la loi prohibe ! L'art. 791, d'un intérêt général, n'aurait plus d'application si on admettait cette interprétation qui le détruit.

Dans la deuxième opinion on argumente de ce que tous les articles du Code qui s'occupent de la question : art. 791, 1130, 1600, ne parlent que des contrats à titre onéreux ou des donations. Il n'y a donc pas de prohibition pour les testaments. D'où une distinction : la condition de renoncer à une succession serait valable dans un testament, dans un acte entre-vifs elle serait nulle.

Il m'est très difficile d'admettre qu'une condition est illicite lorsqu'elle est apposée à un acte juridique, et légale lorsqu'elle est attachée à un autre acte. Ce n'est pas l'acte juridique qui donne le caractère de légalité ou d'immoralité à une condition, mais c'est le fait mis *in conditione* avec ses conséquences. Comme l'art. 900 assimile tout à fait les donations et les testaments au point de vue des conditions impossibles ou illicites, toute distinction me paraît inadmissible.

D'ailleurs, la condition de renoncer à une succession non ouverte est contraire à l'ordre public, les art. 791, 1130, 1600, ne sont que des applications du grand principe de l'art. 6 qui est général et dans lequel entrent les dispositions testamentaires. La condition doit donc être considérée comme illicite quel que soit l'acte juridique auquel elle a été apposée (Demolombe, XVIII, n° 277).

Avant de passer à une autre question je crois bon de mentionner ici une restriction très importante que M. Demolombe fait à la règle que nous avons établie. En général, la condition dont nous avons parlé doit être réputée non écrite la disposition restant valable, mais il se peut qu'en fait le donataire ait attaché tant d'importance à l'acte conditionnel qu'il serait contraire à sa volonté de maintenir la disposition. Cette question est d'autant plus délicate qu'elle n'est qu'une question de fait réservée au juge du fond. Voici maintenant la restriction dont je parle : « Nous conviendrons toute-

fois, dit M. Demolombe, qu'il peut paraître regrettable qu'un donataire auquel une condition de ce genre aurait été imposée, conserve la libéralité, s'il accepte plus tard la succession; car il se peut que le disposant ait expressément voulu, au contraire, qu'il ne pût jamais cumuler la libéralité avec la succession. Mais alors il y aurait lieu d'examiner le vrai caractère de la disposition, si elle constitue bien une libéralité sous condition; ou si elle ne constitue qu'une sorte de pacte aléatoire et de forfait; dans ce dernier cas, le pacte tout entier devrait être déclaré nul, aux termes de l'article 791 (t. XVIII, n° 277).⁷

DÉFENSE D'ATTAQUER UN TESTAMENT

Plus d'une fois on a vu des dispositions de dernière volonté imposant aux bénéficiaires une défense d'attaquer le testament, et, cela, sous peine de perdre la libéralité même.

On se demande quel est l'effet de cette clause? En théorie la règle est la même que dans les cas précédents : s'agit-il d'une disposition qui n'a rien de contraire aux lois ou aux mœurs? la défense d'attaquer le testament est valable. Cela rentre dans la catégorie des droits d'intérêt privé. Mais si le testateur déroge par sa disposition à ce que la loi considère comme d'intérêt général, l'acte n'est pas valable.

Si on fait une substitution que la loi prohibe, la dé-

fense d'attaquer le testament ne sera pas respectée ; de même dans le cas d'un legs fait à une personne incapable de recevoir, comme par exemple un enfant adultérin, un établissement religieux. Il en serait de même des nullités de forme, dont un testament serait entaché ; ou enfin dans le cas où l'on priverait un réservataire de sa part légitime.

DÉFENSE DE PARTAGER UNE SUCCESSION

Le législateur a considéré l'indivision comme contraire à l'intérêt général, tant au point de vue économique qu'à celui de la tranquillité des familles. Toute défense donc que le testateur ferait à ses légataires de partager la succession qu'il leur laisse est contraire à la loi.

Aux termes de l'art. 815 nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision. Toutefois, la loi elle-même permet aux parties de convenir de suspendre le partage pendant un temps limité, et la convention sera obligatoire pendant cinq ans au maximum.

Maintenant la question se pose de savoir si par un testament on peut imposer de ne pas partager la succession au moins pendant cinq ans. Et cela me paraît très licite. En effet, lorsque la loi a permis aux contractants de s'obliger à maintenir l'indivision quelque temps, assurément elle s'est inspirée de leur intérêt bien entendu, et le testateur peut aussi être un juste appréciateur de cet intérêt.

DÉFENSE DE FAIRE INVENTAIRE

Toute clause dans un testament par laquelle on impose au légataire de ne pas faire inventaire nous paraît illicite.

Supposons un mineur bénéficiaire de la disposition conditionnelle. Le tuteur ne peut être dispensé de faire l'inventaire, parce que cela serait contraire aux mesures de protection édictées dans l'intérêt du mineur et qui sont d'ordre public.

Quid de la défense de faire inventaire imposée à un successeur majeur ? Dans ce cas aussi l'opinion généralement admise c'est que la liberté du successible ne doit pas être sacrifiée au gré du testateur.

III

CONDITIONS CONTRAIRES AUX BONNES MŒURS

La clause d'embrasser ou de ne pas embrasser telle religion, de ne pas se marier ou de ne pas se remarier, est contraire aux bonnes mœurs.

Sur la première de ces clauses nous avons déjà dit quelques mots. Il nous reste à voir la seconde.

DE LA CLAUSE DE NE PAS SE MARIER OU DE NE PAS SE REMARIER

A Rome, la loi *Julia de maritandis ordinibus* s'occupait spécialement d'encourager les mariages. Toute clause alors dans un acte juridique qui apportait une

entrave à la formation des familles légitimes était contraire à la loi.

Les mœurs et la loi reconnaissaient à Rome deux sortes de mariage : les *justæ nuptiæ* ou le mariage proprement dit et le concubinat.

Les mœurs et la loi admettaient le divorce.

Des lois plus ou moins arbitraires défendaient le mariage entre les orthodoxes et les hérétiques, entre les citoyens et les comédiennes.

En un mot, comme on le voit, nous avons devant nous un peuple qui obéit aux nécessités sociales propres à l'époque où il vit.

Dans l'ancienne France, on voit l'Eglise organisant les mariages à son point de vue. C'est un sacrement, ce n'est plus un contrat de la vie civile. C'est une union indissoluble. Les pères voient d'un mauvais œil les seconds mariages. Saint Augustin permet les mariages des orthodoxes avec les hérétiques dans l'espérance que le fidèle puisse convertir l'autre. Louis XIV, dans la crainte du contraire, prohibe ces unions par son édit du mois de novembre 1680.

En lisant l'histoire, nous assistons aux évolutions sociales qui nous amènent d'une époque à une autre, et qui nous permettent de conclure qu'il y a un esprit et des mœurs pour chaque temps qui impriment à la société un caractère propre pour nous donner telle ou telle nation, ou bien l'âge d'enfance, d'adolescence et de maturité de tel pays déterminé.

Arrivé à la Révolution, nous voyons le mariage devenu un contrat civil. Des dispositions formelles interviennent pour déclarer contraire aux mœurs toute clause qui gênerait la liberté que le donataire a de se marier avec telle ou telle personne.

Et au temps du Code nous avons hérité et nous espérons retenir les idées de liberté qui nous accompagnent dans tous les actes de notre vie civile et politique, et qui sont ce qu'on peut appeler la base du droit public et du droit privé moderne.

Demandons-nous, pour le temps où nous sommes arrivés, quel est l'effet d'une clause relative au mariage dans le système du Code?

On ne trouve pas de dispositions dans la loi qui nous fassent croire que le législateur, tout en préférant le mariage, réprouve le célibat. Tout est laissé au gré de chaque individu; chacun se comporte dans la société suivant sa nature, ses besoins et les convenances sociales. Quelle doit être la conclusion? Imposer à un homme de ne pas se marier me paraît tout aussi immoral que de lui imposer le contraire.

Toutefois, si la famille est la pierre angulaire de l'édifice social, il n'en résulte pas que la clause qui impose le mariage soit licite et morale. La société est intéressée à ce que les mariages soient contractés dans toutes les conditions nécessaires pour perpétuer l'espèce humaine. Peut-on promettre fidélité à sa compagne, assistance dans le malheur, communauté dans

le bonheur? Se sent-on en état de pourvoir aux charges multiples et difficiles même qui s'imposent à l'homme qui donne vie à des êtres que toute loi naturelle et civile lui ordonne de nourrir, d'élever, pour leur assurer le bien-être qu'il leur doit? Dans ces conditions, cette molécule de la société qu'on appelle famille, en cohésion avec des molécules pareilles, nous donne un Etat puissant qui a tous les éléments de remplir sa mission sur la terre.

Qui peut être le meilleur juge de la nature d'un homme, de ses aptitudes, de sa capacité, de ses sentiments même? C'est lui-même, c'est lui seul, non influencé par des présents et libéralités.

Je m'éloignerai donc de l'opinion de ces esprits d'ailleurs éminents, qui ne veulent tenir compte dans des dispositions conditionnelles, que du but du disposant. Ce n'est pas non plus une question d'appréciation de la part des juges. La liberté absolue du mariage me paraît intéresser les bonnes mœurs.

Ainsi, toutes les fois qu'une condition qui accompagne une libéralité impose à une personne l'obligation de se marier ou de ne pas se marier, de rester veuve, de se marier ou de ne pas se marier avec telle personne, de ne se marier qu'avec le consentement d'un homme déterminé, et autres semblables, c'est une condition contraire aux bonnes mœurs.

C'est ici le moment de résumer en quelques mots les principes dont s'inspire le droit français.

La marche historique de notre sujet dans le droit français nous montre combien a été puissante l'influence du droit romain en France.

Les coutumes ne s'occupent point de la matière des obligations, c'est le droit romain qui était suivi partout.

Les donations suivaient la règle des contrats.

En ce qui concerne les successions *ab intestat* et testamentaires, la France, au moins dans les pays coutumiers, a sa vie propre, sa législation nationale dont les origines, qui diffèrent considérablement du droit romain, se trouvent dans la législation et les mœurs germaniques.

En faisant une comparaison entre les lois romaines sur les successions et les règles qui régissaient la France coutumière, nous allons voir à chaque pas, à chaque question un abîme de différence, le plus souvent des solutions tout à fait opposées.

En droit romain l'hérédité testamentaire était en première ligne. La liberté de tester était presque absolue : *uti quique paterfamilias legassit super pecunia tutelave suæ rei ita jussus esto* (Loi des Douze Tables).

Les Germains ne connaissent pas le testament : *Nullum testamentum*, dit Tacite. La propriété était familiale, la fortune d'un individu appartenait de droit aux membres de sa famille, après sa mort. On ne pou-

vait pas disposer de son patrimoine par acte de dernière volonté.

Le droit coutumier français, issu des coutumes germaniques, fut toujours influencé par les principes qui les avaient dominés. Aussi une institution d'héritier n'y était pas permise : *Deus solus heredes facere potest*.

La succession *ab intestat* reste en premier rang.

A Rome, il y avait l'idée de l'unité du patrimoine dans la succession testamentaire, l'héritier institué acquiert l'universalité du patrimoine : *nemo partim testatus partim intestatus decedere potest*. Faite pour partie, l'institution attire et embrasse au profit de l'institué *l'universum jus quod defunctus habuit* : tanto apud Romanos in pretio fuit hæc testandi facultas !

L'ancien droit français n'admet pas l'indivisibilité du patrimoine, au contraire, la même personne pouvait laisser trois successions distinctes ; succession aux biens nobles, succession aux propres, succession aux meubles et acquêts.

Il pouvait y avoir lieu à la fois à la succession *ab intestat* et à la succession testamentaire.

A Rome, on se préoccupe avant tout d'assurer l'exécution la plus large de la volonté du testateur ; en France, la disposition testamentaire est vue avec moins de faveur et doit plutôt être interprétée dans un sens favorable à la famille légitime.

Comme conséquences de ce principe, nous trouvons dans l'ancien droit les institutions du retrait lignager

de la réserve des quatre-quints des propres, la légitime, la possibilité de renoncer à une succession future, les substitutions et les règles donner et retenir ne vaut, institution d'héritier n'a lieu, qui viennent limiter la volonté du testateur.

Comment donc expliquer dans l'ancienne France une interprétation si bienveillante de la volonté d'un testateur au détriment de sa famille légitime ? Pourquoi les libéralités de dernière volonté sont-elles maintenues, même quand elles sont accompagnées de conditions impossibles ou illicites ?

D'après nous, l'explication rationnelle en est presque impossible ; le culte un peu aveugle que les anciens jurisconsultes professaient pour le droit romain peut seul l'expliquer.

Grotius, Heinneccius, Grænewegen et d'autres jurisconsultes célèbres critiquaient vivement cette inexplicable tendance de la jurisprudence et de la doctrine.

Les motifs que nous trouvons dans Ricard, Vinnius et d'autres, sont insuffisants.

A l'époque intermédiaire, nous trouvons la loi célèbre des 5-12 septembre 1791, qui donne effet aux donations entre-vifs et aux legs faits sous des clauses contraires aux lois ou aux bonnes mœurs et qui porteraient atteinte à la liberté. C'est dans l'évolution tout entière du droit français, la seule disposition législative à mon sujet, que je trouve explicable.

C'est une loi politique qui s'imposait au législateur

pour empêcher les adversaires de la Révolution d'arriver, par des moyens indirects, à battre en brèche les principes de 1789, par esprit de retour au passé.

A l'époque de la confection du Code, le motif politique qui a dicté la loi de 1791 n'existe plus. L'article 900 du Code civil ne peut donc pas s'expliquer politiquement. Rationnellement il ne s'explique pas non plus ; la règle juridique, c'est celle que nous trouvons dans l'art. 1172 qui régit les contrats et qui doit être étendue même aux actes de libéralités, soit entre-vifs soit de dernière volonté.

En France, aujourd'hui comme dans l'ancien droit, la succession *ab intestat* est la règle, la succession testamentaire l'exception.

Parmi les nombreuses explications qu'on a essayé de donner de la disposition de l'art. 900, celle qui est le plus généralement admise, c'est de donner à la volonté du disposant cette interprétation, qu'il a voulu avant tout faire la libéralité ; la condition n'est qu'un accessoire que le bienfaiteur lui-même aurait effacé s'il avait su que son acte ne serait pas valable.

Cette opinion, nous l'avons dit, n'est pas juridique ; on peut interpréter de la même manière la volonté des parties dans les actes à titre onéreux, et pourtant personne ne le fait.

L'inconvénient grave de cette explication, c'est qu'on fait de toute la disposition de l'art. 900 une question de fait laissée à l'appréciation du juge du

fond, d'où la jurisprudence nous montre à chaque pas des hésitations, des incertitudes et des contradictions.

Cette manière de juger d'après les circonstances est un danger social, parce qu'elle jette l'incertitude sur le sort des actes juridiques, et le mal n'a pas de remède parce qu'on ne peut même espérer de voir s'établir sur la matière une jurisprudence constante.

Quant à nous, tant que l'art. 900 figurera parmi les dispositions du Code, nous croyons qu'il faut l'appliquer, parce qu'il a été dans la volonté du législateur de l'introduire dans le Code. Toute interprétation subtile qui tendrait à l'annihiler nous paraît contraire à la *légalité*, principe élémentaire et fondamental sur lequel réside toute société bien constituée.

Mais au point de vue législatif on peut formuler un *desideratum* :

« Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire faite à titre de dot, ou faite dans un intérêt public à l'Etat ou à toute autre personne morale ou physique, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. Lorsqu'il n'y aura eu jeu que des intérêts purement privés, l'impossibilité, l'immoralité ou l'illégalité de la condition entraîneront la nullité de la disposition tout entière. »

DROIT ROUMAIN

Anciennement les Roumains ont été régis par le droit romain. — Historique de la législation en Moldavie. — Les codes d'Alexandre le Bon de Basile le Loup, de Moruzzi et de Ch. Calimaki. — Historique de la législation en Valachie. Les codes de Mathieu Bassaraba, d'Ypsilanti et de Caragea. Droit actuel du royaume de Roumanie. Code du 1^{er} janvier 1865, élaboré d'après le Code civil français. Critique du procédé suivi dans la confection de ce Code. Atténuation de la critique. Plusieurs différences entre le Code roumain et le Code français. — La suppression de l'art. 900 du Code français. — Effets des conditions impossibles contraires aux lois ou aux mœurs dans les divers actes juridiques. Controverse. L'opinion dominante est qu'il faut suivre, pour tous les actes, la règle de l'art. 1008, Cod. civ. roum. (1172. Cod. civ. fr.). Dans ce sens, les opinions de MM. Boëresco, professeur à la faculté de Bucarest et Stephanesco, procureur à la Cour de cassation de Roumanie. *Contra*, M. Nacou, professeur à la faculté de Bucarest.

L'histoire du droit roumain est une étude fort difficile parce que pendant plusieurs siècles de notre existence nationale] nous n'avons eu aucune espèce de loi écrite.

Tous nos historiens et jurisconsultes admettent que nous avons été dominés par le droit romain.

Le droit romain transporté en Orient par les armes et la civilisation de l'*Eterna Urbs*, s'y développa de deux manières : par la voie de science chez les Grecs et par la voie de coutume chez les Latins de la Dacie. Toute la législation et toute la jurisprudence byzantine du moyen-âge dérivent du droit romain. Tous les usages

juridiques des Roumains, toutes leurs prétendues superstitions sur le mariage, sur la propriété etc., dérivent aussi du droit romain. Mais les Roumains eurent l'avantage non seulement d'hériter de Rome leur mère *la loi non écrite* conservée par la tradition, mais encore de pouvoir s'approprier ensuite *la loi écrite*, élaborée par les Slaves d'après la rédaction grecque. C'est là l'état des choses que nous trouvons déjà dès les premiers moments de l'existence politique indépendante des deux Etats roumains : la Moldavie et la Valachie : d'un côté la coutume (*obiceiul pământului*), c'est-à-dire le droit romain non écrit, et d'un autre côté *Pravila*, c'est-à-dire le droit romain écrit, mais non pas en roumain, ni en latin mais en grec (les Basiliques) ou en slave (1).

Le prince Alexandre le Bon a été le premier législateur de la Moldavie, au commencement du xv^e siècle (1433), en faisant rédiger un Code en roumain, mais cette loi n'ayant pas été imprimée lorsque l'imprimerie fut découverte (1440) nous ne la possédons plus.

Ce Code, dit-on, a été un recueil des lois civiles tirées des Basiliques, auquel on a ajouté ensuite beaucoup d'autres dispositions en partie d'origine moldave et en partie empruntées aux nations voisines. Ces lois ont persisté à l'état de coutume, cet état de choses dura jusqu'en 1640, époque à laquelle Basile le Loup, prince de Moldavie, a fondu tous les matériaux existants

(1) *Indreptarea legii*, préface, nouvelle édition, 1871.

dans un Code qui a été publié en langue roumaine en 1646 (1).

Ce Code roumain est intitulé : « Manuel moldave des lois impériales et autres maximes de droit, traduit de plusieurs ouvrages grecs, sur l'ordre du prince de Moldavie, Basile. » On y trouve beaucoup de dispositions de droit pénal et quelques dispositions de droit civil.

A la fin du dernier siècle le prince de Moldavie Moruzzi promulga un nouveau Code, mais bien incomplet.

Charles Calimaki qui régnait au commencement de ce siècle, est le législateur moldave le plus considérable ; il promulgua le Code (2) qui porte son nom, en grec, en 1817, ensuite il fut traduit en roumain, c'est un Code des plus réguliers de toutes nos lois anciennes. Il est intitulé : *Le Code civil de la Moldavie* (Codicile civil al Moldovei). Il n'y a pas moins de 2044 articles y compris deux annexes. Dans la première partie il traite du droit des personnes, dans la deuxième, des choses, et dans la troisième et dernière partie, il s'occupe des relations entre le droit des personnes et le droit des choses, c'est-à-dire les modes d'acquisition et de transmission des droits, de l'extinction des obligations et de la prescription, enfin les deux annexes s'occupent du

(1) *Codicile civile al Moldovei*. Introducere, dans Bujoreanu, *Collection de législaire României*. Bucarest, 1873 (*Code civil de la Moldavie*. Introduction, dans Bujoreanu, *Collection des lois de la Roumanie*).

(2) Ce Code est fort bien conçu et se recommande surtout par cela qu'il n'est pas l'œuvre de théories abstraites.

concours des créanciers sur la masse d'une faillite et de la licitation.

Les parties sont subdivisées en sections, les sections en chapitres, et les chapitres en paragraphes au lieu d'articles.

Je ne connais pas de législation qui soit aussi riche en dispositions que ce Code de la Moldavie, relativement au sujet des conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs, dans les divers actes juridiques.

Il n'y a pas moins de 30 paragraphes ou articles qui traitent la matière.

Nous allons reproduire au moins les textes pour montrer combien ce Code est complet et pratique.

Avant d'étudier les règles que ce Code a posées en matière de conditions impossibles ou illicites nous devons donner quelques détails sur les hommes qui l'ont rédigé et sur les sources juridiques auxquelles ils ont puisé. — Ces renseignements m'ont été gracieusement donnés par M. N. Mandrea, conseiller à la Cour de cassation de Roumanie, ancien professeur de la Faculté de Jassy, auquel je ne saurais être trop reconnaissant de son extrême bienveillance.

Le prince Calimaki, dans la préface de l'édition grecque de son Code, semble vouloir s'en attribuer tout l'honneur. Du moins, après avoir exposé la mission du législateur, rappelé les législations antérieures de la Moldavie, il n'indique pas si la rédaction du Code a été

arrêtée par un jurisconsulte ou par une commission.

Il est très probable que Andromaki Donici, qui en 1813 a publié en langue roumaine un extrait des collections de droit byzantin, a collaboré à la confection du Code Calimaki.

Une édition roumaine du Code, a été faite quelque temps après, par une commission composée de Assaki, président du tribunal de Botochani, et des jurisconsultes de l'État, Flechtenmacher et Bojinca.

Les sources auxquelles les rédacteurs du Code Calimaki ont puisé seraient, d'après l'ordonnance de publication, les collection du droit byzantin, le droit coutumier de la Moldavie, les différentes lois faites sous les princes ses prédécesseurs, et les législations européennes pour certaines matières, telles que les tutelles, les lettres de change, les citations en justice.

Le prince n'indique pas les Codes européens auxquels ont été faits ces emprunts.

Il est incontestable que les rédacteurs du Code étaient des jurisconsultes remarquables, au courant du mouvement juridique en Europe. C'est surtout du Code civil autrichien de 1811 qu'ils semblent s'être inspirés. Les matières traitées, l'ordre même dans lequel elles le sont, le démontrent suffisamment.

Si l'on compare les dispositions du Code autrichien à celles du Code Calimaki, on reconnaît facilement que celui-ci se modèle sur le premier, sauf les cas dans

lesquels le droit autrichien s'éloignait complètement du droit romain, du droit byzantin ou du droit positif de la Moldavie. Aussi jusqu'en 1865, époque de l'abrogation de ce Code, et même depuis 1865 pour les contestations relatives à des droits acquis avant cette époque, on en cherche l'interprétation dans les commentaires du Code autrichien (1).

DES ACTES DE DERNIÈRE VOLONTÉ. — *Effets des conditions impossibles ou illicites.* — Dans une série d'articles la loi s'occupe de faire la classification des conditions en commençant par la définition et en exposant d'une manière très systématique la condition affirmative et négative, la condition suspensive et résolutoire, la condition permise et prohibée, la condition possible et impossible (2).

(1) Voir l'ouvrage remarquable de M. Ed. Zach. de Lingenthal, sur *l'Histoire du droit gréco-romain*, 2^e édit. 1877, Leipzig. Il en existe une traduction française d'après la première édition.

(2) § 863. La condition est une modalité dont on fait dépendre un droit. Elle se fait de trois manières, c'est-à-dire qu'elle est conçue soit en vue de l'accomplissement ou du non accomplissement d'une dation ou d'un fait, soit en vue de la réalisation ou de la non réalisation d'un événement quelconque.

§ 864. La condition est affirmative ou négative, suspensive ou résolutoire, permise ou prohibée, possible ou impossible.

§ 865. Elle est affirmative, lorsque l'acquisition ou la conservation d'un droit dépend de l'arrivée de telle circonstance.

§ 866. Elle est négative, lorsque l'acquisition ou la conservation d'un droit dépend de la non réalisation de telle circonstance.

§ 867. Suspensive, lorsque le droit conditionnel ne naît que par l'accomplissement de la condition.

§ 868. Résolutoire, lorsque ce droit cesse par l'accomplissement de la condition.

Effet de la condition impossible, contraire à la loi ou aux mœurs. — Aux termes du § 881, la condition impossible est réputée nulle. En conséquence, le bénéficiaire prendra librement ce qu'on lui a laissé sous de pareilles conditions.

Condition d'épouser telle personne. — § 884 : Le bénéficiaire chargé de cette condition doit l'accomplir, mais si l'autre personne ne veut pas se marier avec lui, ou vient à mourir, il n'en conserve pas moins la libéralité.

§ 885 : Si la condition est imposée à deux personnes

§ 869. Permise, lorsque les lois permettent son accomplissement.

§ 870. Prohibée, lorsque son accomplissement est prohibé par les lois.

§ 871. Possible, quand elle peut s'accomplir.

§ 872. Impossible, quand elle ne peut pas s'accomplir.

§ 873. La condition possible dépend ou du hasard, ou de la volonté, ou de tous les deux, par conséquent elle est ou accidentelle, ou volontaire, ou mixte.

§ 874. Elle est accidentelle, lorsque son accomplissement dépend de circonstances extérieures.

§ 875. Volontaire, lorsqu'elle dépend du pouvoir et de la volonté de l'homme.

§ 876. Mixte, lorsque l'accomplissement de la condition dépend et des circonstances extérieures, et du pouvoir et de la volonté de l'homme.

§ 877. La condition impossible est aussi de trois sortes : impossible naturellement, ou moralement, ou ambiguë.

§ 878. Naturellement impossible, lorsque les lois de la nature ne permettent pas son accomplissement.

§ 879. Moralement impossible, lorsque son accomplissement étant contraire aux lois et aux bonnes mœurs, répugne au respect ou à la réputation ou à la pudeur exigée d'un homme.

§ 880. Impossible par ambiguïté, lorsque l'obscurité ou l'ambiguïté des mots empêche de comprendre le sens de la condition.

de se marier ensemble, et qu'avant l'ouverture du testament, l'une des deux meure, l'autre n'aura rien; mais s'ils vivent et que l'un des deux ne veuille pas se marier, la condition ne sera défaillie que quant à ce dernier et l'autre personne recueillera la part d'hérédité ou de legs à laquelle elle était appelée sans qu'il y ait accroissement.

§ 886 : Si sous la condition de se marier ou d'avoir des enfants, on laisse sa dot ou sa donation *propter nuptias*, ou l'hérédité ou un legs à son fils ou à une autre personne qui ensuite choisira la vie monacale, alors le fils ou cette personne prendra ce qu'on lui a laissé, étant déchargé de l'accomplissement de la condition.

Condition de ne pas se marier. — § 887 : La condition imposée à l'héritier ou légataire de ne pas se marier quand il arrivera à l'âge légitime est une condition nulle (§ 878) ; mais cette condition imposée à un veuf ou à une veuve qui a un ou plusieurs enfants, doit être respectée.

Enfin le § 900 nous donne la règle généralisée pour les actes de dernière volonté.

§ 900 : Si le testateur laissant à quelqu'un une hérédité ou un legs, lui a imposé l'obligation de faire une chose impossible, contraire aux lois ou malhonnête, en disant : s'il ne fait pas cette chose qu'il soit privé de l'hérédité ou du legs, ou encore qu'un autre en soit investi; cette sorte de disposition du testateur n'a aucune force,

et l'héritier ou le légataire recueillera librement l'hérédité ou le legs (§ 881).

DES CONTRATS A TITRE ONÉREUX. — Toute la théorie sur les différentes espèces de conditions établies en matière d'hérédité et de legs (§§ 863-881) s'applique, en général, aux conditions apposées aux contrats (§ 1194).

Mais il y a cette différence que les dispositions de dernière volonté restent valables, les conditions étant réputées non écrites tandis que les contrats sont annulés.

La condition affirmative et suspensive impossible naturellement ou légalement annule le contrat lui-même (§ 1200).

La condition négative et suspensive, qui est naturellement impossible, n'est pas une vraie condition, parce que l'on sait tout de suite que la circonstance prévue ne pourra jamais s'accomplir. Le contrat fait de cette manière doit être réputé pur et simple et être exécuté (§ 1201).

La condition négative, qui légalement n'est pas possible, doit être observée sous peine d'être privé du bénéfice de la disposition (§ 1202).

La condition résolutoire affirmative, qui légalement est impossible, ne porte aucune atteinte au contrat (§ 1203).

La condition résolutoire négative, qui est légalement impossible, doit être respectée dans les contrats (§ 1204).

Enfin, la condition résolutoire, naturellement impossible, n'est pas une vraie condition, parce qu'on sait qu'elle n'arrivera pas. Le contrat fait sous cette condition donne au contractant un droit pur et simple (§ 1205).

Des donations. — Dans toutes les dispositions que nous avons vues jusqu'ici, on ne voit que la traduction des lois romaines. Dans les donations c'est la même chose : on suit les règles des contrats. Aux termes du § 1266 : les règles établies pour les contrats conditionnels sont applicables aux donations faites sous condition (§§ 1194-1206).

En Valachie, aux mêmes époques qu'en Moldavie, nous avons des codifications.

Au milieu du xvii^e siècle, le prince Mathieu Bassaraba fit un Code qui porte son nom et qui est intitulé : *Indreptarea legii* (la modification de la loi) et dont le titre tout entier peut être traduit ainsi : « La modification de la loi, avec l'aide de Dieu qui, seul, a le pouvoir épiscopal et impérial, de juger toutes les fautes des clercs et des laïcs. » Il fut imprimé à Tergoviste, capitale de district, où était jadis la résidence d'été des princes de Valachie ; la matière est traitée par chapitres ; ce n'est qu'un recueil de droit canonique.

A la fin du xviii^e siècle, le prince Ypsilanti promulga aussi un Code pour la Valachie, mais par un laconisme sans exemple, il traite les matières les plus importantes en quelques mots seulement.

En 1817, année de la confection du Code Calimaki, le prince de Valachie Caragea promulgua aussi un Code qui porte son nom, d'ailleurs, comme toutes les législations anciennes, et qui est intitulé : « *Les lois civiles du pays roumain (Legiurile civile ale Terrei Românesce)* ».

Il serait trop long de reproduire l'ordonnance qui promulgue ce Code et qui nous apprend quelle était l'incertitude qui régnait alors dans le pays, je rapporterai seulement une note que je trouve dans la thèse de doctorat de l'un de mes compatriotes, M. D.-G. Jonnesco, sur la recherche de la filiation naturelle, 1881, p. 364, qui résume tous les points principaux de l'ordonnance du prince Caragea.

« L'ordonnance qui promulgue ce Code, constate l'incertitude qui régnait alors dans une jurisprudence où la coutume, les textes romains et les canons étaient invoqués tour à tour. Il en résulte que la justice, rendue par les magistrats, est toujours en danger, comme si elle nageait dans des flots troubles et sans cesse agités par des vents contraires. Au lieu de s'améliorer, cet état de choses va chaque jour en s'empirant, car la justice est aux mains des plus forts et des plus rusés qui, dans la même affaire, invoquent tantôt la coutume, tantôt les canons, tantôt les textes romains, au gré de leur intérêt et de leur caprice. »

Le Code Caragea se divise en six parties :

1° Des personnes ;

2° Des choses ;

3° Des contrats, des fiançailles, du mariage, de la dot et des paraphernaux, etc. ;

4° Des donations, successions *ab intestat* et testamentaires, legs ;

5° Droit criminel ;

6° Procédure civile et procédure pénale.

Il n'y a point à comparer le Code Caragea avec le Code Calimaki, quoiqu'ils soient de la même année, et que le premier soit de quelques mois postérieur.

On n'y trouve pas beaucoup d'ordre dans l'exposition des différentes matières.

Dans la troisième partie, chapitre I^{er}, « Des contrats en général, » nous trouvons deux dispositions relatives à notre matière. Art. 4 : Le contrat contraire aux lois et aux bonnes mœurs, ne se contracte pas (1). Art. 10 : Dans les conventions entre les particuliers, tout ce qu'on conviendra par écrit ou sans écrit, si ce n'est contraire aux lo's, tient lieu de loi.

Dans le chapitre iv de la 4^e partie on ne trouve que la disposition suivante : Art. 5 : Quand un legs est écrit avec charge, jusqu'à ce que le bénéficiaire y ait satisfait, l'héritier n'est pas tenu de lui rendre la chose léguée.

Il est certain qu'en pratique, on suivait les distinctions du droit romain en ce qui concerne l'effet des

(1) Non seulement chaque partie, mais chaque chapitre a sa numérotation propre.

conditions impossibles ou illicites dans les divers actes juridiques.

DROIT ROUMAIN ACTUEL

En 1859, lors de la réunion des deux Etats roumains, la Moldavie et la Valachie en une seule Roumanie, sous un seul prince, le nouvel Etat se trouva régi par deux législations différentes, et cela dura jusqu'au 1^{er} janvier 1865, quoique l'union politique complète eût eu lieu dès 1862.

Le Code civil actuel date du 1^{er} janvier 1865. On a beaucoup critiqué le procédé suivi dans la confection du nouveau Code et son économie générale ; je ne le défendrai pas, mais après avoir reproduit la critique, j'y ferai quelques restrictions.

« Le Code, dit-on, a été fait à la hâte et renferme de nombreuses négligences de rédaction et pas mal de contradiction. C'est que ce Code a été fait pendant le coup d'Etat du 2 mai 1864, alors que les décrets du prince avaient force de loi. Il fallait donc se presser de promulguer ce Code avant la réunion du nouveau Parlement, qu'on soupçonnait hostile à l'introduction du mariage civil. Cette hâte, cette précipitation explique un grand nombre de lacunes et rend les controverses encore plus insolubles qu'ailleurs, puisque les travaux préparatoires manquent absolument et que lorsqu'on se rapporte aux rédacteurs du Code, souvent ils ne

sont pas d'accord pour dire quelle décision ils ont prise en 1864 » (D. G. Jonnesco, *op. cit.*, p. 365).

Toute cette critique des Codes qui régissent aujourd'hui le royaume de Roumanie est une vérité du domaine de l'histoire, il n'y a rien à changer à ce que l'on dit, mais il y a à ajouter quelque chose à la suite.

L'état du pays sous les deux législations qui dataient du commencement de ce siècle, était intolérable. Sinon en application au moins dans les dispositions des Codes on voyait, surtout dans le Code Caragea : la peine de mort, la mutilation, la torture, l'esclavage, la masculinité en matière de succession, et d'autres dispositions vraiment bizarres de nos jours.

Qu'est-ce qu'on aurait pu faire ? On aurait préféré, certes, appliquer le Code Calimaki à toute la Roumanie jusqu'à l'élaboration d'un nouveau Code.

Mais cette grande loi de la Moldavie n'était pas elle-même exempte de critique : l'exhérédation y existait sur une plus grande échelle qu'en droit romain sous Justinien : Si le fils n'était pas orthodoxe et s'il ne prenait pas la communion dans l'église orthodoxe il pouvait être exhéredé (§ 978).

De même si le fils a levé la main contre son père, s'il lui a fait un procès, s'il ne peut pas se porter caution pour son père emprisonné pour dettes etc., etc., il n'y a pas moins de treize cas d'exhérédation.

La contrainte par corps en matière civile y avait sa place, comme nous le voyons, et d'autres dispositions,

qui n'étaient plus de notre temps, il faut le reconnaître.

Et puis, comment peut-on faire une bonne législation ? Dans une année, dans deux ? En France les hommes les plus compétents ont travaillé plus de dix-huit mois, on a beaucoup délibéré, et pourtant, à chaque pas on trouve des controverses, des négligences de rédaction et « pas mal de contradictions. »

Qui sont ceux qui ont rédigé à la hâte les Codes roumains ? Presque tous étaient des anciens élèves de la Faculté de droit de Paris, qui connaissaient par eux-mêmes les parties fortes et le côté faible de la législation française, y joignant la pratique qu'ils avaient soit comme magistrats, soit comme avocats ou hommes politiques... Qu'est-ce qu'ils ont fait ? Ils ont traduit le Code français.

Que trouve-t-on dans le Code roumain à côté des négligences et des contradictions ?

L'art. 1^{er} du Code français n'existe pas.

L'acquisition de la nationalité roumaine est entourée de quelques précautions.

Edgar Quinet disait des Roumains : La langue est leur titre de noblesse au milieu des barbares.

Moi je dirai de la disposition du Code : Les précautions prises en matière de naturalisation sont la conservation de la nationalité d'un petit peuple au milieu des Etats forts.

Les actes de l'état civil depuis le Code ne sont plus

entre les mains du clergé; le mariage est un contrat civil.

Le divorce a été maintenu.

Il n'y a pas de subrogé tuteur dans le Code roumain; ces fonctions sont remplies, les unes par le conseil de famille d'autres par le tribunal lui-même.

Dans la matière de successions il y a beaucoup de dispositions très louables; il n'existe pas de substitutions, la veuve pauvre a une part dans la succession *ab intestat* de son mari, même en concours avec ses enfants, retour aux Novelles de Justinien, de Léon et à nos lois antérieures, rendu indispensable par l'état économique et social du pays.

L'art. 900 du Code français, dont j'aurai à m'occuper en détail n'existe pas dans le Code roumain, la règle des contrats doit être appliquée même pour les libéralités sous condition impossible ou illicite.

En matière de contrat de mariage on n'a presque rien emprunté au Code français, on a maintenu les régimes traditionnels du pays : le régime de séparation de biens et le régime dotal; l'art. 1581 y est admis.

En matière de vente, la définition même est corrigée; l'art. 1599 du Code français n'existe pas.

En matière de privilège et hypothèque, les dispositions du Code français ont été combinées avec la loi belge du 16 décembre 1851.

Il n'y a pas d'hypothèque légale occulte.

L'hypothèque judiciaire n'existe pas non plus.

Ce simple exposé montre éloquemment la compétence des rédacteurs du Code de 1865 ; il est impossible de méconnaître la supériorité de leur œuvre sur les législations antérieures.

Aujourd'hui que le pays se trouve dans son assiette, on arrivera facilement à en reviser les quelques défec-tuosités.

Voyons maintenant les dispositions du Code civil roumain sur les conditions impossibles ou illicites dans les divers actes juridiques.

Au titre des donations entre-vifs et des testaments, on ne trouve pas la disposition de l'art. 900 du Code civil français.

Au titre des conventions, l'art. 1008 qui correspond à l'art. 1172 du Code civil français reproduit littéralement ce dernier.

Il n'y a presque pas d'exposé des motifs.

Les débats manquent. Voilà pourquoi on se demande quel est l'effet des conditions impossibles ou illicites :

a. Dans les donations,

b. Dans les actes de dernière volonté.

La question est controversée. Mais la controverse elle-même n'est pas sérieuse ; la doctrine se forme en ce sens que l'article relatif aux contrats doit régir tous les actes juridiques.

Voici comment on raisonne :

L'art. 900 du Code civil français n'existant pas dans

la loi roumaine, et la donation étant un contrat, il n'y a pas de raison pour appliquer aux libéralités une autre règle que celle de l'art. 1008 du Code civil roumain.

Quant aux legs, peut-on suivre une règle arbitraire, une règle qui n'est écrite nulle part? Non, certes. Le législateur en traduisant les Codes français ne s'est pas désintéressé des autres législations.

Dans le Code civil on voit des dispositions de la loi belge. Le Code de procédure civile est élaboré d'après le Code français et la procédure de Genève. Le Code pénal contient des dispositions empruntées aux lois prussiennes et autrichiennes, etc.

Le Code Frédéric déclare que toutes la disposition sera nulle, lorsque des conditions impossibles ou honteuses auront été imposées aux héritiers, et prend même le soin de justifier la décision ; c'est que le testateur, en s'imposant de pareilles conditions, est censé avoir déclaré bien formellement que son intention n'est pas plus de les avoir pour héritiers, qu'il n'est dans leur pouvoir de remplir de semblables conditions c'est pourquoi les legs même d'un pareil testament ne seront pas valables (Code Frédéric, t. II, 2^e partie, liv. VII, t. XIII, § 5, n^o 1. De même le Code prussien).

Le Code autrichien, au moins pour la condition suspensive, annule la disposition même faite sous condition impossible ou illicite.

Le législateur roumain a bien vu qu'en France on n'a fait que subir l'influence de la tradition, et que juridi-

quement la disposition de l'art. 900 ne s'explique ni pour les legs ni pour les donations.

Pour tous ces motifs, nous croyons qu'il faut suivre en Roumanie la règle de l'art. 1008 (art. 1172 C. civ. français) pour tous les actes auxquels des conditions impossibles ou illicites sont apposées.

C'est l'opinion que M. C. Boèresco, professeur de droit civil à l'Université de Bucarest, professe à son cours. Le législateur roumain, dit-il en substance, a supprimé l'art. 900 du Code français. Nous nous demandons : « que faut-il décider, vu cette suppression? »

En ce qui concerne les contrats, nous avons l'article 1008 (1172 C. civ. franç.), qui dit : « La condition impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. »

Du moment que ce texte ne distingue pas entre les contrats à titre onéreux et ceux à titre gratuit, il est évident que les uns comme les autres doivent être annulés dans tous les cas et dans leur totalité, lorsqu'ils sont affectés d'une condition impossible, immorale ou illicite. Il n'est donc pas douteux que si l'art. 900 du Code civil français a été supprimé, l'art. 1008 (1172 C. civ. franç.) résout la question tout aussi bien pour les contrats à titre gratuit que pour ceux à titre onéreux.

Que faut-il décider pour les testaments ?

Nous n'avons pas de texte. Devons-nous annuler la condition seulement, en laissant subsister la libéralité contenue dans le testament, ou bien faut-il supprimer la libéralité elle-même ?

Faute de texte, et vu la suppression de l'art. 900 du Code civil français, nous croyons qu'il faut adopter la doctrine proculienne, que nous trouvons plus rationnelle, plus conforme aux principes généraux du droit admis en matière de contrats : la condition impossible, illicite ou immorale, annulera donc la disposition testamentaire même à laquelle elle est apposée.

La doctrine d'après laquelle il faudrait faire une distinction entre les testaments et les contrats, ne nous paraît pas fondée. En effet, la condition apposée à un acte constitue l'élément caractéristique de cet acte.

L'acte ne peut pas se séparer de la condition dont il est affecté ; c'est un tout indivisible : nous ne voyons pas comment l'on pourrait annuler la condition si l'on n'annulait pas l'acte même. Les Romains, il est vrai, s'éloignaient de ce principe en matière de testaments, mais cela s'explique par la faveur dont les testaments jouissaient chez eux, faveur que les testaments n'ont plus aujourd'hui.

La volonté de notre législateur s'est manifestée dans l'art. 1008. S'il avait voulu introduire une autre règle, il s'en serait expliqué. La suppression de l'article 900 du Code civil français prouve que le législateur

a assimilé le testament à la donation et par suite aux actes à titre onéreux.

C'est encore l'opinion de M. C. Stephanesco, procureur à la Cour de cassation de Roumanie (1). Aux termes de l'art. 1008, la condition impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend (art. 1172, C. civ. fr.).

Au contraire, aux termes de l'art. 1009, la condition de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle l'obligation contractée sous cette condition (art. 1173, C. civ. fr.).

Nous croyons que les mêmes règles doivent être appliquées aux donations et aux legs, cela nous paraît la solution la plus conforme à l'esprit du législateur et à la rigueur des principes.

En effet, une observation générale nous frappe dès le commencement. Notre Code a été élaboré d'après le Code civil français dont nous connaissons les dispositions. Chez nous l'art. 900 du Code français n'a pas été reproduit. Est-ce une omission involontaire ? Nous ne le croyons pas. Cette disposition de loi était trop importante, elle avait son historique, elle avait donné naissance à de graves critiques qui aujourd'hui

(1) Extrait d'un article publié par M. Stephanesco, intitulé : *Des effets des conditions impossibles, immorales et illicites sur les donations et les legs*. « Dreptul. » (*Le Droit*, journal publié à Bucarest), janvier 1879, n° 42.

même font l'objet de discussions ardentes. En scrutant sérieusement l'intention du législateur roumain, nous devons admettre que s'il n'a pas reproduit la disposition de la loi française c'est qu'il a voulu l'écarter. D'un autre côté, l'intention du législateur a-t-elle été d'admettre la distinction du droit romain entre la donation et le testament ? Cette distinction est très grave : on scinde la volonté du testateur. Si notre législateur l'avait voulu il l'aurait exprimé par un texte précis, l'occasion était d'ailleurs favorable : le principe romain aurait remplacé la disposition de l'art. 900 du Code français dont la suppression laissait dans notre législation une lacune qui devait attirer l'attention.

Ainsi cette supposition n'est pas admissible. A quoi pourrions-nous donc conclure ? La conclusion la plus naturelle c'est que le législateur roumain n'ayant à tenir compte ni des préoccupations sociales de la France, ni des institutions politiques de Rome, a laissé la question sous l'empire des règles générales, et de la rigueur des principes. L'un de ces principes c'est de ne pas scinder la volonté de celui qui fait l'acte, autrement on exécuterait une volonté étrangère. Un autre motif c'est que le bénéficiaire pourrait se croire moralement obligé d'exécuter la condition illicite, ce qui est à craindre quand il s'agit d'une libéralité. Puis, si nous allons plus loin, sous la forme d'une donation on peut cacher un contrat synallagmatique dans lequel l'exécution du fait immoral ou illicite mis *in conditio*ne constitue l'équivalent de

la prétendue libéralité. Comme contrat tout serait annulé, comme donation si l'acte était maintenu ou ne se croirait nullement obligé d'exécuter. Quelquefois le testateur impose une condition à l'accomplissement de laquelle il tient à ce point, que s'il savait qu'elle ne sera pas exécutée il ne ferait pas la libéralité. Dans l'un et l'autre de ces deux cas il y aurait des difficultés inextricables pour découvrir le dol ou la fraude, ou la véritable intention du testateur, d'où des procès multiples et difficiles. Dans le système de la loi les libéralités sont reçues avec défaveur. Il ne saurait y avoir de dérogation à un principe aussi général qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi. Enfin la donation est un contrat, elle doit suivre les règles des contrats, nous ne pouvons pas distinguer là où la loi ne distingue pas.

L'opinion que nous venons d'exposer est celle qui prévaut dans la doctrine et dans la jurisprudence. Nous devons maintenant exposer l'opinion de la minorité. La tâche nous est rendu facile par la bienveillance de M. Constantin Nacou, professeur à la Faculté de Bucarest, qui a la gracieuseté de nous communiquer son sentiment.

L'argumentation du professeur est d'autant plus intéressante que celle de ses adversaires n'a pu ébranler son opinion.

M. Nacou estime que l'art. 1008 du Code roumain ne s'applique pas aux testaments.

L'art 1008 du Code civil roumain, dit-il, reproduit

l'art. 1172 du Code civil français ; s'applique-t-il aussi aux dispositions à titre gratuit, soit entre-vifs, soit testamentaires ?

La difficulté provient de ce que le législateur roumain a supprimé purement et simplement l'art. 900 du Code français.

En ce qui concerne les donations il n'y a pas de difficulté, ce sont des conventions et par conséquent l'article 1008 leur est applicable.

Pour les dispositions testamentaires la question est plus délicate. Presque tous les professeurs et la jurisprudence roumaine décident que l'art. 1008 s'applique aux dispositions testamentaires. Entre autres arguments ils avancent que les règles posées au titre des obligations pour les conditions, comme pour les preuves, s'appliquent à toutes les matières, et par conséquent aux testaments, à moins que la loi n'en ait disposé autrement. En ne reproduisant pas l'art. 900 du Code français, le législateur roumain a voulu effacer l'exception admise par le législateur français en faveur des dispositions testamentaires. Nous croyons pourtant, répond M. Nacou, que le législateur roumain a voulu suivre le système du droit romain. La suppression de l'art. 900 du Code civil français est due aux critiques que les commentateurs faisaient de cet article en se plaçant au point de vue de la donation. La donation est un contrat, disaient-ils, le donataire y a participé : il n'est pas moins coupable que le donateur d'avoir admis

une condition illicite. Mais ce reproche ne saurait être fait à un légataire. Notre système se justifie donc non seulement par les précédents, mais encore par des considérations rationnelles ; je n'ajouterai qu'un argument de texte : l'art : 1008 déclare nulle *la convention*. Les nullités étant de droit étroit, nous ne pouvons pas les étendre de la convention à une disposition testamentaire. Si le législateur roumain n'a pas mentionné l'art. 900 du Code français pour les testaments c'est qu'il l'a cru superflu : l'art. 1008 n'annule que les conventions.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
------------------------	---

DROIT ROMAIN

Actes juridiques. — Divisions multiples. — La condition. — L'acte conditionnel. — <i>Conditio in præsens vel in præteritum relata</i> . — <i>Conditio quæ omnimodo exstitura est</i> . — <i>Conditio tacita vel quæ tacite inest</i> . — Condition impossible. — Condition contraire aux lois. — Condition <i>contra bonos mores</i> . — Le sens large du mot <i>condition</i> dans cette étude. — Toutes les conditions impossibles, contraires aux lois et aux mœurs, sont considérées comme telles d'après le pays et le temps où on les envisage. — La méthode à suivre pour traiter le sujet en droit romain	17
---	----

DISPOSITIONS ENTRE-VIFS

CONTRATS A TITRE ONÉREUX

<i>Effets des conditions impossibles contraires aux lois ou aux mœurs</i>	31
Condition impossible	32
Condition contraire aux lois	37
Condition contraire aux bonnes mœurs.	39

DONATIONS

Effets des conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs.	42
--	----

DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES

INSTITUTION D'HÉRITIÈRE

<i>Effets des conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs</i>	45
Exemples de conditions impossibles.	49

Exemples de conditions contraires aux lois	49
Exemples de conditions contraires aux bonnes mœurs	50
INSTITUTION CAPTAIRE.	53

LEGS

<i>Effets des conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs.</i>	55
Condition impossible.	59
Conditions contraires aux lois. — Du legs <i>pænæ nomine</i> et du legs conditionnel.	60
Legs sous la condition <i>si non nupserit</i>	63
<i>Conditio viduitatis</i>	67
Legs sous la condition <i>si arbitratu Titii Seia nupserit</i>	70
Legs sous la condition de ne pas épouser telle personne (<i>si Lucio Titio non nupserit</i> ,	70
De la condition de ne pas aliéner.	71
Condition contraire aux bonnes mœurs. — Legs sous la condition de divorcer ou de ne pas divorcer. — La condition <i>jurisjurandi</i> .	72

FIDÉICOMMIS ET AFFRANCHISSEMENTS

Conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs.	75
Synthèse.	79

DROIT FRANÇAIS

ANCIEN DROIT

Tous les actes juridiques suivent les règles du droit romain au point de vue de l'effet des conditions impossibles ou illicites. — En France, ces règles sont inexplicables. — Origine germaine des successions. — Comparaison entre les dispositions de dernière volonté à Rome et dans l'ancienne France. — Opinion des jurisconsultes. — Diverses explications sur les effets des conditions impossibles ou illicites dans les actes juridiques.	83
---	----

ÉPOQUE INTERMÉDIAIRE

Assimilation des donations aux legs, au point de vue de l'effet des clauses impératives ou prohibitives contraires aux lois et aux bonnes mœurs et qui porteraient atteinte à la liberté. — Etat des choses et des esprits pendant la Révolution. — Loi des 5-12 septembre 1791. Son but. — Opinions de Marcadé et de Laurent. .	89
--	----

DROIT ACTUEL

CONVENTIONS A TITRE ONÉREUX.	103
I. Définition de la condition.	104
La condition et la cause de l'obligation.	105
II. Des conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs.	106
Condition impossible.	106
Condition contraire à la loi ou aux mœurs	108
Ordre public.	112
Bonnes mœurs	114
Prohibitions légales en dehors des cas déclarés d'ordre public et de bonnes mœurs	116
Théorie de Merlin sur les dispositions prohibitives.	118
Dispositions impératives en dehors des cas où l'ordre public et les bonnes mœurs sont intéressés	121
Objections à la théorie de Merlin	122
III. Effets des conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs, affectant les conventions.	125
Condition impossible	125
Conditions contraires aux lois ou aux mœurs.	128
DISPOSITIONS ENTRE-VIFS OU TESTAMENTAIRES	136
Combinaison des art. 900 et 901	139
La théorie de la cause	142
Diverses explications de l'art. 900	147
Explications quant aux legs	149
Explications quant aux donations	151
Les limites que comporte l'application de l'art. 900	168
CAS D'APPLICATION DE L'ART. 900	171
I. Cas d'application de l'art. 900 aux conditions impossibles	174
II. Cas d'application de l'art. 900 aux conditions contraires aux lois ou aux mœurs	175

I. CONDITIONS CONTRAIRES A L'ORDRE PUBLIC

§ 1er. Liberté individuelle	176
a. Liberté de la résidence	178
b. Liberté des professions	181
c. Condition de demeurer avec une personne quelconque	182
§ 2. La liberté religieuse.— La condition de se faire prêtre	184
La condition de ne pas se faire prêtre	187
§ 3. L'état et la capacité des personnes. — La condition imposée à l'enfant naturel de ne pas rechercher sa mère	188
Condition qui déroge à la puissance maritale	189

Puissance paternelle	190
Tutelle	190
Formalité de vente en justice dans l'intérêt d'un incapable . . .	192
Condition de ne pas demander compte d'une administration tuté- laire	193

II. CONDITIONS CONTRAIRES A L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ET A L'INTÉRÊT PRIVÉ

Conditions relatives aux biens.

La clause de ne pas aliéner.	195
De la défense de saisir	200
Conditions relatives aux successions.— Condition de renoncer à une succession	202
Défense d'attaquer un testament	206
Défense de partager une succession	207
Défense de faire inventaire	208

III. CONDITIONS CONTRAIRES AUX BONNES MŒURS

De la clause de ne pas se marier ou de ne pas se remarier . . .	208
<i>Synthèse.</i>	212

DROIT ROUMAIN

Anciennement les Roumains ont été régis par le droit romain. — Historique de la législation en Moldavie.— Les Codes d'Alexandre le Bon, de Basile le Loup, de Moruzzi et de Ch. Calimaki. — Historique de la législation en Valachie. Les Codes de Mathieu Basaraba, d'Ypsilanti et de Caragea. Droit actuel du royaume de Roumanie. Code du 1^{er} janvier 1865, élaboré d'après le Code civil français. Critique du procédé suivi dans la confection de ce Code. Atténuation de la critique. Plusieurs différences entre le Code roumain et le Code français.—La suppression de l'art. 900 du Code français. — Effets des conditions impossibles contraires aux lois ou aux mœurs dans les divers actes juridiques. Controverse. L'opinion dominante est qu'il faut suivre, pour tous les actes, la règle de l'art. 1008, Cod. civ. roum. (1172, Cod. civ. fr.). Dans ce sens, les opinions de MM. Boèresco, professeur à la faculté de Bucarest et Stephanesco, procureur à la Cour de cassation de Roumanie. *Contra*, M. Nacou, professeur à la faculté de Bucarest 217

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. L'effet des conditions impossibles ou illicites apposées à divers actes juridiques, s'explique chez les Romains, soit par les principes juridiques, soit par leurs mœurs.

II. Pour savoir si une condition est contraire aux lois ou aux mœurs, il faut s'attacher non pas à la nature du fait mis *in condicione*, mais au but poursuivi par le disposant.

III. Les conditions que le testateur ignorait être fausses ou impossibles sont réputées non écrites et ne vicient pas la disposition, contrairement à ce que semble dire la loi 58, Dig., *De condict. indeb.*

IV. La condition impossible apposée à un affranchissement est réputée non écrite, comme lorsqu'elle est apposée à une institution ou à un legs, malgré la loi 4, § 1, *De statuliberis*.

V. La stipulation pénale est une obligation principale.

VI. La délégation diffère essentiellement du mandat.

III. L'art. 438 du Code pénal ne s'applique pas au propriétaire exproprié qui s'oppose, par des voies de fait, à la prise de possession de son terrain avant le payement de l'indemnité.

DROIT DES GENS

I. L'extradition des nationaux ne serait pas une bonne mesure internationale.

II. Le tribunal français auquel est demandée l'exécution d'une sentence prononcée par un juge étranger, peut juger le fond.

III. Les traités d'extradition ne doivent point, sous l'empire de la Constitution de 1875, être soumis à la sanction législative.

Vu par le président de la thèse,

C. BUFNOIR.

Vu par le Doyen de la Faculté,

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

